تكملة حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الثامن

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية
قرة عيون الأخيار
تكملة
رد المحتار على الدر المختار
شرح تنوير الأبصار
فى فقه مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان

لسيدى محمد علاء الدين أفندى

نجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف
وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الثامن

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يفقّهْهُ فِى الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

باب دعوى الرجلين

(تقدم حجة خارج فى ملك مطلق)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب دعوى الرجلين

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث وإلا فجميع الدعاوى لا تكون إلا بين اثنين ، وحينئذ لا تكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب فلذلك ذكره صاحب الهداية والكنز فى أوائل كتاب الدعوى . وقلت : ولعل صاحب الدرر إنما أخرها إلى هذا المقام مقتفيا فى ذلك أثر صاحب الوقاية ، لتحقق مناسبة بينها وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فاتحة لمسائله وإن لم تكن منه عزمى (قوله تقدم حجة خارج) هو الذى لم يكن ذا يد والخارج المدعى لأنه خارج عن يده فأسند إلى المدعى تجوّزا ، وإنما قدمت بينة الخارج لأن الخارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالحديث ، وفيه خلاف الشافعى ، وإنما كان الخارج مدعيا لصدق تعريفه عليه (قوله فى ملك مطلق) أى ملك المال ، بخلاف ملك النكاح فإن ذا اليد مقدم ولو بلا برهان مالم يسبق تاريخ الخارج كما سيأتى ، وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض ، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن فى هذه الصور

أى لم يذكر له سبب كما مر (على حجة ذى اليد وإن وقت أحدهما فقط)

تقبل بينة ذى اليد بالإجماع كما سيأتى درر ، أى ولم يلزم انتقاض مقتضى القسمة لأن قبول بينة ذى اليد إنما هو من حيث ما ادعى من زيادة النتاج وغيره ، فهو مدّع من تلك الجهة ، والمراد بالقبض التلقى من شخص مخصوص مع قبضه ، فلا يرد ما قيل كون المدعى فى يد القابض أمر معاين لا يدعيه ذو اليد فضلا عن إقامة البينة عليه وقبولها بالإجماع .

فإن قلت : هل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه ؟.

قلت : لا لأن اليمين إنما يجب عند عجز المدعى عن البينة وهنا لم يعجز كما فى العناية :

أو رد عليه بأن مراد السائل هل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذى اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلا اه . يريد به أن الجواب لم يدفع السؤال بل هو باق ، ولم يتصدّ للجواب عنه .

أقول : الظاهر أن يجب اليمين على الخارج عند عجز ذى اليد عن بينة فيما إذا ادعى الزيادة لأنه مدّع بالنسبة إليها ولهذا لزم عليه البرهان فيكون المدعى مدعى عليه بالنسبة إليها ، فيلزم عليه اليمين عند العجز عن البرهان ، وبينة المدعى لم تعمل ما لم تسلم من دفع ذى اليد إذ هو معارض لها ، ودعوى ذى اليد لم تسقط بعجزه عن البرهان عليها بل تتوجه اليمين على من كان فى مقابله كما هو شأن الدعوى ، فيحلف على عدم العلم بتلك الزيادة فإن حلف يحكم للمدعى ببينته لكونها سالمة عن المعارض ، وإن نكل يكون مقرا أو باذلا فيمنع ويبقى المدعى فى يد ذى اليد ، نعم لا يجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذى اليد لو ترك دعواه لعدم كونه ذا يد لا لقصور فى كون ذى اليد مدعيا فيما ادعاه كما توهمه صاحب التكملة ، هذا هو التحقيق تدبر عبد الحليم (قوله أى لم يذكر له سبب) أى معين أو مقيد بتاريخ كما سيأتى ، وكذا لو ذكر له سبب يتكرر ، فإن ذكر له سبب لا يتكرر قدم ببينة ذى اليد كما يأتى أيضا ، ومن هذا القبيل ما فى منية المفتى : أقاما بينة على عبد فى يد رجل أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما ، أى لأن المودع بالجحود يصير غاصبا .

قال فى جامع الفصولين : الخارج وذو اليد لو ادعيا إرثا من واحد فذو اليد أولى كما فى الشراء ، هذا إذا ادعى الخارج وذو اليد تلقى الملك من جهة واحدة ، فلو ادعيا من جهة اثنين يحكم للخارج إلا إذا سبق تاريخ ذى اليد ، بخلاف ما لو ادعياه من واحد فإنه هنا يقضى لذى اليد إلا إذا سبق تاريخ الخارج والفرق فى الهداية ولو كان تاريخ أحدهما أسبق فهو أولى ؛ كما لو حضر البائعان وبرهنا وأرخا وأحدهما أسبق تاريخا والمبيع فى يد أحدهما يحكم للأسبق اه من الثامن ، وتمامه فيه .

وفى الأشباه قبيل الوكالة : إذا برهن الخارج وذو اليد على نسب صغير قدم ذواليد إلا فى مسألتين فى الخزانة .

الأولى : لو برهن الخارج على أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه ولم ينسبه إلى أمه فهو للخارج .

الثانية : لو كان ذو اليد ذميا والخارج مسلما فبرهن الذمى بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدم الخارج سواء برهن بمسلمين أو بكفار ، ولو برهن الكافر بمسلمين قدم على المسلم مطلقا اه (قوله وإن وقت أحدهما فقط) إن وصلية ومقتضاها العموم ، أى إن لم يوقتا أو وقتا متساويا أو مختلفا أو وقت أحدهما وعليه مؤاخذة وهو أنه إذا وقتا واختلف تاريخهما فالعبرة للسابق منهما على ماتقدم لأن للتاريخ عبرة فى دعوى الملك المطلق إذا كان من الطرفين عند أبى حنيفة ، ووافقاه فى رواية : وخالفاه فى أخرى ، فكان عليه أن يقول إن لم يوقتا

وقال أبو يوسف : ذو الوقت أحق ، وثمرته فيما لو (قال) فى دعواه (هذا العبد لى غاب عنى منذ شهر وقال ذو اليد لى منذ سنة قضى للمدعى) لأن ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فقضى ببينة الخارج . وقال أبو يوسف : يقضى للمؤرخ ولو حالة الانفراد ، وينبغى أن يفتى بقوله لأنه أوفق وأظهر كذا فى جامع الفصولين وأقره المصنف (ولو برهن خارجان على شيء

أو وقتا وأحدهما مساو للآخر أو وقت أحدهما فقط . قال فى الغرر : حجة الخارج فى الملك المطلق أولى إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق (قوله وقال أبو يوسف ذو الوقت أحق) أى فيما لو وقت أحدهما فقط ، لأن التاريخ من أحد الطرفين معتبر عنده .

والحاصل أن الخارج فى الملك المطلق أولى إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق (قوله وثمرته) أى ثمرة الخلاف المعلوم من المقام (قوله هذا العبد لى) تقدمت المسألة متنا قبيل السلم (قوله تاريخ غيبة) أى غيبة العبد عن يده ، لأن قوله منذ شهر متعلق بغاب فهو قيد للغيبة ، وقوله منذ سنة متعلق بما تعلق به قوله لى أى ملك لى منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخ والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين (قوله فلم يوجد التاريخ) أى تاريخ الملك (قوله من الطرفين) بل وجد من طرف ذى اليد والتاريخ حالة الإنفراد لا يعتبر عند الإمام، فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج (قوله وقال أبو يوسف) أى فيما لو وقت أحدهما فقط (قوله ولو حالة الإنفراد) أى قال أبو يوسف يقضى للمؤرخ سواء أرخا معا(١) وكذا لو أرخا حالة الإنفراد ، لأن التاريخ حالة الإنفراد معتبر عنده، والحكم فيما لو أرخا معا أولى بالحكم حالة الانفراد لأنه متفق عليه ، والثانى مذهبه فقط كما هى القاعدة فى لو الوصلية : أى الحكم فى المقدر قبلها أولى بالحكم مما بعدها . والمراد بما إذا أرخا معا سبق تاريخ أحدهما . أما لو استوى تاريخهما فهو كما لو لم يؤرخا لتساقطهما والفقهاء يطلقون العبارة عند ظهور المعنى ، وحينئذ فقول بعض المحشين الأولى إسقاط لو لأن الكلام فى حالة الإنفراد، وكلامه ينحل أنه يقضى للمؤرخ حال صدور التاريخ منهما . وفى حالة الإنفراد ولا معنى للقضاء للمؤرخ فيما إذا أرخا لتحققه منهما بل القضاء للسابق اهـ غير لازم ، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله (قوله كذا فى جامع الفصولين) حيث قال استحق حمارا فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع للمستحق من كم مدة غاب عنك هذا الحمار؟ فقال منذ سنة فبرهن البائع أنه ملكه منذ عشر سنين قضى به للمستحق لأنه أرخ غيبته لا الملك والبائع أرخ الملك ودعواه دعوى المشترى لتلقيه من جهته فصار كأن المشترى ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الإنفراد عند أبى حنيفة ، فبقى دعوى الملك المطلق فحكم للمستحق .

أقول : يقضى بها للمؤرخ عند أبى يوسف لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد اهـ ملخصا (قوله وأقره المصنف) وناقشه الخير الرملى بأن صاحب الفصولين ذكره فى الفصل الثامن عشر وقدم فى الثامن الصحيح المشهور عن الإمام أنه لاعبرة للتاريخ فى الملك المطلق حالة الانفراد وحاصله أن صاحب الفصولين فى الثامن فى دعوى الخارجين ، نقل أن الصحيح المشهور عن الإمام عدم اعتباره حالة الانفراد وفى الثامن عشر فى الاستحقاق قال ينبغى أن يفتى بقول أبى يوسف من اعتباره لأنه أوفق وأظهر وما ذكره الفقيه فى بابه أولى بالاعتبار وهو ماذكره فى الثامن ولا سيما أنه نقله جازما به وأقره والثانى فى غير بابه وعبر عنه بينبغى مع ماقالوا أنه يفتى بقول الإمام قطعا ولاسيما إذا كان معه غيره كما هنا فإنه وافقه محمد تأمل (قوله ولو برهن خارجان على شيء) يعنى إذا ادعى اثنان عينا فى يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكرا سبب الملك

---

(١) (قوله سواء أرخا معا الخ) هكذا بالأصل ، ولعل الظاهر أو أرخا حالة الانفراد ، فليحرر .

قضى به لهما ، فإن برهنا فى) دعوى (نكاح سقطا)

ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية وأطلقه فشمل ما إذا ادعيا الوقف فى يد ثالث فيقضى بالعقار نصفين لكل وقف النصف وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف ولهذا قال فى القنية دار فى يد رجل أقام عليه رجل بينة أنها وقفت عليه وأقام قيم المسجد بينة أنها وقف المسجد فإن أرخا فهى للسابق منهما وإن لم يؤرخا فهى بينهما نصفين اه ولا فرق فى ذلك بين أن يدعى ذو اليد الملك فيها أو الوقف على جهة أخرى.

مطلب دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق

والحاصل : أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق ، ولهذا لو ادعى وقفية ما فى يد آخر وبرهن فدفعه ذو اليد بأنه مودع فلان ونحوه وبرهن فإنها تندفع خصومة المدعى كما فى الإسعاف ، فدعوى الوقف داخل فى المسألة المخمسة ، وكما تقسم الدار بين الوقفين كذلك لو برهن كل على أن الواقف جعل له الغلة ولا مرجح فإنها تكون بينهما نصفين ، لما فى الإسعاف من باب إقرار الصحيح بأرض فى يده أنها وقف : او شهد اثنان على إقرار رجل بأن أرضه وقف على زيد ونسله وشهد آخران على إقراره بأنها وقف على عمرو ونسله تكون وقفا على الأسبق وقتا إن علم ، وإن لم يعلم أو ذكروا وقتا واحدا تكون الغلة بين الفريقين أنصافا ، ومن مات من ولد زيد فنصيبه لمن بقى منهم ، وكذلك حكم أولاد عمرو . وإذا انقرض أحد الفريقين رجعت إلى الفريق الباقى لزوال المزاحم اه وقيد بالبرهان منهما ، إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له بالكل، فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لأن المقضى له صار ذا يد بالقضاء له ، وإن لم تكن العين فى يده حقيقة فتقدم بينة الخارج الآخر عليه ، ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد ، فإن حلف لهما تترك فى يده قضاء ترك لاقضاء استحقاق ، حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها ، وإن نكل لهما جميعا يقضى به بينهما نصفين ، ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لاتقبل ، وكذا إذا ادعى أحد المستحقين على صاحبه وأقام بينة أنها ملكه لاتقبل لكونه صار مقضيا عليه بحر ، لكن قدمنا عن الأشباه أنها تسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول كما فى الخانية ، ونقلنا عن محشيها الحموى مايخالف ماذكر من أن المدعى عليه لو نكل عن اليمين للمدعى وقضى عليه بالنكول ثم إن المقضى عليه أقام البينة أنه كان اشترى هذا المدعى من المدعى قبل دعواه لاتقبل هذه البينة إلا أن يشهد أنه كان اشتراه منه بعد القضاء ، وقدمنا أنه كما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا ، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده ، ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح فى المختار ، ولعل مامشى عليه صاحب البحر هنا مبنى على القول الآخر المقابل للقول المختار تأمل (قوله قضى به لهما) لما روى عن أبى موسى « أن رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » رواه أبو داود ، ولأن البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن ، وقد أمكن هنا لأن الأيدى قد تتوالى فى عين واحدة فى أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ماشاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما ، وتمامه فى الزيلعى (قوله فإن برهنا فى دعوى نكاح) أى معا لأنه لو برهن مدعى نكاحها وقضى له به ثم برهن الآخر على نكاحها لايقبل ، كما فى الشراء إذا ادعاه من فلان وبرهن عليه وحكم له به ثم ادعى آخر شراءه من فلان أيضا لاتقبل ويجعل الشراء المحكوم به سابقا ولا وجه للتفريع فالأولى الإتيان بإلا الاستثنائية (قوله سقطا) الضمير للخارجين ، فلو أحدهما خارجا والآخر ذا يد فالخارج أحق قياسا على الملك ، وقيل ذو اليد أولى

لتعذر الجمع لو حية ، ولو ميتة قضى به بينهما وعلى كل نصف المهر ، ويرثان ميراث زوج واحد ، ولو ولدت يثبت النسب منهما وتمامه فى الخلاصة (وهى لمن صدقته

على كل حال ، ويأتى تمامه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله لتعذر الجمع) أى اجتماع الزوجين على زوجة واحدة فإنه متعذر شرعا ؛ لأن النكاح لايقبل الاشتراك فتهاتر البينتان ويفرق القاضى بينهما حيث لامرجح ، وإن كان ذلك قبل الدخول فلا شىء على كل واحد منهما كما فى البحر (قوله لو حية) أى هذا الحكم كما ذكر لو حية ، ولو ميتة قضى به : أى بالنكاح بينهما سواء أرخا واستوى تاريخهما أو أرخ أحدهما فقط أو لم يؤرخا . وفائدة القضاء تظهر فيما يترتب عليه ، ولا يلزم جمع على وطء لأنه حينئذ دعوى مال وهو الميراث ، أو دعوى نسب ويمكن ثبوته منهما كما هو المعروف فى المذهب ، وسيأتى فى باب دعوى النسب أنهما لو ادعيا نسب مجهول كان ابنهما بتصديقه وهنا ثبوت الفراش يقوم مقام التصديق (قوله وعلى كل نصف المهر) ولو ماتت قبل الدخول ، لأن الموت متمم للمهر .

فإن قلت : كل منهما مدعى الزوجية معترف بأن عليه المهر كاملا فينبغى أن يلزمه ذلك المسمى إن أثبت تسميته وإلا فمهر المثل . فالجواب أنه لما قضى بدعوى رفيقه فى النصف صار مكذبا شرعا بالنسبة إلى نصف المهر فوجب عليه النصف فقط (قوله ويرثان ميراث زوج واحد) لأنه داخل تحت أول المسألة فإن كلا منهما يدعى الميراث كاملا فينصف بينهما (قوله ولو ولدت) أى الميتة قبل الموت ، وظاهر العبارة أنها ولدت بعده ولكن لينظر هل يقال له ولادة ؟ استظهر بعض الفضلاء عدم اتصاف الميتة بالولادة الحقيقية وأن المراد بالولادة انفصال الولد منها بنفسه أو غيره من الأحياء (قوله يثبت النسب منهما) أى لو ادعيا بعد الموت أنها كانت زوجة لهما قبل الولادة أو ولدت بعد الموت وقد ادعى كل منهما أنها زوجته (قوله وتمامه فى الخلاصة) وهو أنهما يرثان منه ميراث أب واحد ويرث من كل منهما ميراث ابن كامل منح ، وما لو كان(١) البرهانان بلا تاريخ أو بتاريخ مستو أو من أحدهما كما فى الخلاصة .

وفى المنية : ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن سبق تاريخ أحدهما يقضي له ، ولو ادعيا نكاحها وبرهنا ولا مرجح ثم ماتا فلها نصف المهر ونصف الميراث من كل منهما ، ولو ماتت قبل الدخول فعلى كل واحد منهما نصف المسمى ؛ ولو مات أحدهما فقالت هو الأول لها المهر والميراث مقدسى عن الظهيرية (قوله وهى لمن صدقته) أى إن لم يسبق تاريخ الآخر لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقها إلا إذا كانت فى بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ، ولايعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى لأن الصريح يفوق الدلالة زيلعى .

وفى البحر عن الظهيرية : لو دخل بها أحدهما وهى فى بيت الآخر فصاحب البيت أولى ، وأطلق فى التصديق فشمل ما إذا سمعه القاضى أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له .

قال فى التبيين : حاصله أنهما إذا تنازعا فى امرأة وأقاما البينة ، فإن أرخا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان أولى ، وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما ، فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان أولى ، وإن لم يوجد شىء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة .

---

(١) (قوله وما لو كان الخ) هكذا بالأصل ، وليحرر .

إذا لم تمكن فى يد من كذبته ولم يكن دخل) من كذبته (بها) هذا إذا لم يؤرخا (فإن أرخا فالسابق أحق بها) فلو أرخ أحدهما فهى لمن صدقته أو لذى اليد بزازية .

قلت : وعلى ما مر عن الثانى ينبغى اعتبار تاريخ أحدهما ولم أر من نبه على هذا فتأمل (وإن أقرت لمن

وفى البحر : والحاصل أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار ثم ذو التاريخ اه .

ثم اعلم أن بعضهم عبر بإقرارها وبعضهم بتصديقها ، فالظاهر أنهما سواء هنا ، ولكن فرقوا بينهما فقال الزيلعى فى باب اللعان : فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه . وفى بعض نسخ القدورى : أو تصدقه فتحد وهو غلط ، لأن الحد لايجب بالإقرار مرة ، وهو لايجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصدا لكنه إقرار ضمنا فلا يعتبر فى حق وجوب الحد ، ويعتبر فى درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد اه وتقدم فى حد القذف أنه لو قال لرجل يازانى فقال له غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق ، ولو قال صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضا اه وإنما وجب فى الثانية للعموم فى كاف التشبيه لا للتصديق ، فعلم بهذا أن الحد لايجب بالتصديق .

قال فى البزازية : قال لى عليك كذا فقال صدقت يلزمه إذا لم يقل على وجه الاستهزاء ويعرف ذلك بالنغمة اه فهو صريح فيما ذكرنا .

وأقول : لو اختلفا فى كونه صدر على وجه الاستهزاء أم لا فالقول لمنكر الاستهزاء بيمينه ، والظاهر أنه على نفى العلم لا على فعل الغير تأمل .

وفى شرح أدب القضاء : وإن شهدا عليه فقال بعد ماشهدا عليه الذى شهد به فلان علىّ هو الحق ألزمه القاضى ولم يسأل عن الآخر ، لأن هذا إقرار منه ، وإن قال قبل أن يشهدا عليه الذى يشهد به فلان على حق أو هو الحق فلما شهدا قال للقاضى سل عنهما فإنهما شهدا علىّ بباطل وما كنت أظنهما يشهدان لم يلزمه وسأل عنهما لأنه إقرار معلق بالخطر فلا يصح اه (قوله إذا لم تـكن فى يد من كذبته) فلو وجد أحدهما لايعتبر قولها كما علمت (قوله ولم يكن دخل من كذبته بها) لأن بالدخول صار ذا يد ، وذلك دليل سبق عقده ظنا بالمسلم خيرا وحملا لأمره على الصلاح ، ولأهل الذمة مالنا فى المعاملات (قوله هذا إذا لم يؤرخا) مثل عدم التاريخ منهما إذا أرخا تاريخا مستويا أو أرخ أحدهما بحر (قوله فالسابق أحق بها) أى وإن صدقت الآخر أو كان ذا يد أو دخل بها لأنه لايعتبر مع السبق وضع يد ولا دخول لكونه صريحا وهو يفوق الدلالة كما علمت (قوله فهى لمن صدقته) إن لم يكن لأحدهما يد ، أى أو دخول (قوله أو لذى اليد) أى إن كانت يد ولا يعتبر تصديق معه أى إن أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذى اليد (قوله وعلى مامر عن الثانى) أى من أنه يقضى للمؤرخ حالة الانفراد على ذى اليد ، فيقضى هنا للمؤرخ وإن كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبى يوسف ، وقدمنا عن الزيلعى أنه لو برهن أنه تزوّجها قبله فهو أولى وسيأتى متنا (قوله ولم أر من نبه على هذا) ذكره فى البحر بحثا حيث قال : فالحاصل كما فى البزازية أنه لايترجح أحدهما إلا بسبق التاريخ أو باليد أو بإقرارها بدخول أحدهما اه وكان ينبغى أن يزيد أو بتاريخ من أحدهما فقط كما علمته اه ولعل وجه عدم التنبيه أنهما إذا أرخ أحدهما وللآخر يد فاليد دليل على العقد والتاريخ ليس بدليل عليه (قوله فتأمل) أى هل يجرى قوله هنا ويعتبر التاريخ من جانب واحد أو لايعتبر احتياطا فى أمر الفروج والذى يظهر الثانى فراجعه (قوله وإن أقرت) أى المرأة لمن لا حجة له فهى له لما عرفت من أن النكاح يثبت

لاحجة له فهى له ، وإن برهن الآخر قضى له ، ولو برهن أحدهما وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه) لأن البرهان مع التاريخ أقوى منه بدونه (كما لم يقض ببرهان خارج على ذى يدظهر نكاحه إلا إذا ثبت سبقه) أى إن نكاحه أسبق

بتصادق الزوجين (قوله وإن برهن الآخر) أى بعد الحكم للأول بموجب الإقرار ، والأولى أن يقول فإن لم تقم حجة فهى لمن أقرت له ثم إن برهن الآخر قضى له (قوله قضى له) لأنه أقوى من التصادق لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويثبت فى حق الكل ، بخلاف الإقرار فإنه حجة قاصرة يثبت فى حق المقر فقط ، فإقرارها إنما نفذ عليها لا على من أقام البرهان على أنها زوجته ، وإنما قلنا فى حق الكل لأن القضاء لايكون على الكافة إلا فى القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح ولكن فى النكاح شرط هو أن لايؤرخا ، فإن أرخ المحكوم له ثم ادعاها آخر بتاريخ أسبق فإنه يقضى له ويبطل القضاء الأول ويشترك ذلك أيضا فى الحرية الأصلية كما فى البحر ، وقوله ولكن فى النكاح الخ أى القضاء فى النكاح إنما يكون على الكافة إذا لم يؤرخا ويحمل على ما إذا ترجحت بينته بمرجح آخر غير التاريخ كالقبض والتصديق وإلا فلا يتصور القضاء له لاستوائهما فى عدم التاريخ (قوله لم يقض له) لتأكد الأول بالقضاء (قوله إلا إذا ثبت سبقه) أى سبق الخارج بالتاريخ بأن أرخ الأول تاريخا مع البرهان وأرخ الثانى تاريخا سابقا وأقام البرهان فإنه يقدم .

قال المقدسى : ونظيره الشراء من زيد لو حكم به ثم ادعاه آخر من زيد وبرهن : وكذا النسب والحرية بخلاف الملك المطلق اه يعنى الحكم فيه لمن برهن بعد الحكم لآخر وإن لم يثبت السبق (قوله لأن البرهان مع التاريخ) أى السابق بدليل ما قال فى المتن إلا إذا ثبت سبقه ولأن من المعلوم أنه إنما يكون أقوى بالسبق (قوله أقوى منه بدونه) أى بدون التاريخ السابق .

وصورة المسئلة : ادعى أنه تزوجها العام وأقام بينة على ذلك فقضى له ثم ادعى آخر نكاحها قبل العام تسمع ويقضى له لسبقه لأن السبق لا يتحقق إلا عند التاريخ منهما ، لكن لما كان الثانى سابقا فكأن الأول لم يؤرخ أصلا (قوله ظهر نكاحه) أى ثبت نكاحه وظهوره إنما يكون بالبينة . وفيه إشارة إلى أن ذا اليد لو برهن بعد ما قضى للخارج يقبل . وقال بعضهم : إن لم يقض له (قوله إلا إذا ثبت سبقه) أى سبق نكاحه أى سبق الخارج بالتاريخ فإنه يقدم على ما علم مما ذكرناه من الحاصل عن التبيين والبحر ، وقد تبع المصنف صاحب الدرر فى ذكر هذه العبارة . وقال الشرنبلالى : وهى موجودة فى النسخ بصورة المتن ولعله شرح إذ ليس فيه زيادة على المتقدم اه .

واعلم أنه إذا ادعى نكاح صغيرة بتزويج الحاكم له لا تسمع إلا بشروط : أن يذكر اسم الحاكم ونسبه وأن السلطان فوض إليه التزويج وأنه لم يكن لها ولى كما فى البزازية .

ثم اعلم أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل ، هكذا فى الظهيرية والعمادية والولوالجية والبزازية وغيرها ، وفرعوا على الأول مالو برهن الوارث على موت مورثه فى يوم ثم برهنت امرأة على أن مورثه كان نكاحها بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح . وعلى الثانى لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كذا فبرهنت امرأة على أن هذا المقتول نكحها بعد ذلك اليوم لا تقبل وعلى هذا جميع العقود والمداينات وكذا لو برهن الوارث على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه كان مات قبل هذا بزمان لا يسمع ، ولو برهن على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا بزمان يكون دفعا لدخوله

(وإن) ذكرا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شيء من ذى يد فلكل نصفه بنصف الثمن) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وإن ترك أحدهما بعد ما قضى لهما لم يأخذ الآخر كله)

تحت القضاء هذه عبارة البزازية ، وزاد الولوالجى موضحا لدعوى المرأة النكاح بعد ثبوت القتل فى يوم كذا بقوله ألا ترى أن امرأة لو أقامت البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لاتقبل بينة المرأة الأخرى لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ ، فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ بتاريخ لم يقبل اهـ .

أقول : وجه الشبه بين المسئلتين أن تاريخ برهان المرأة على نكاح المقتول مخالف لتاريخ القتل إذ لا يتصور بعد قتله أن ينكح ، كما أن نكاح الثانية له يوم النحر بخراسان لايتصور مع نكاح الأولى له يومه بمكة فهو مخالف من هذه الحيثية ، فأشبهت هذه المسألة الأولى فى المخالفة ، وكل من النكاح والقتل يدخل تحت الحكم فتأمل .

وفى الظهيرية : ادعى ضيعة فى يد رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثا لفلانة لا وارث له غيرها ، ثم إن فلانة ماتت وتركتها ميراثا لى لا وارث لها غيرى وقضى القاضى له بالضيعة فقال المقضى عليه دفعا للدعوى إن فلانة التى تدعى أنت الإرث عنها لنفسك ماتت قبل فلان الذى تدعى الإرث عنه لفلانة اختلفوا . بعضهم قالوا إنه صحيح ، وبعضهم قالوا إنه غير صحيح بناء على أن يوم الموت لايدخل تحت القضاء اهـ . وإذا كان الموت مستفيضا علم به كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل لايقضى له ولا يكون بطريق أن القاضى قبل البينة على ذلك الموت بل يكون بطريق التيقن بكذب المدعى .

قال فى التتارخانية فى الفصل الثامن فى التهاتر نقلا عن الذخيرة : فيما لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون فى قذف من قاضى بلد كذا فأقام الشهود أنه : أى القاضى مات فى سنة كذا الخ أنه لايقضى به إلا إذا كان موت القاضى قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضا اهـ مع غاية الاختصار ، فراجعه إن شئت ، والله تعالى الموفق ، وتمام التفاريع على هذه المسئلة فى جامع الفصولين ونور العين والبحر وغيرها ، وقد مر تحقيقه فى فصل الحبس فراجعه إن شئت . (قوله وإن ذكرا) هو مقابل لقوله وإن برهن الخارجان معطوف عليه : أى إن برهنا على مطلق الملك فقد تقدم حكمه : وإن ذكرا سبب الملك فحكمه هذا (قوله بأن برهنا على شراء شيء من ذى يد) مثله ما إذا برهن الخارجان على ذى يد أن كلا أودعه الذى فى يده فإنه يقضى به بينهما نصفين وكذا الإرث ، فلو ادعى كل من خارجين الميراث عن أبيه وبرهن قضى به بينهما ، وأفاد المصنف باقتصار كل على دعوى الشراء مجردة أنه لو ادعى أحدهما شراء وعتقا والآخر شراء فقط يكون مدعى العتق أولى ، فإن العتق بمنزلة القبض ذكره فى خزانة الأكمل .

وفيه إشارة إلى أنه لو أرخ أحدهما فهو له وفى قوله من ذى يد إشارة إلى أنه لو فى يد أحدهما فهو أولى ، وإن أرخ الخارج ، نعم لو تلقياه من جهتين كان الخارج أحق وهذا أوضح مما فى المتن (قوله فلكل نصفه) لاستوائهما فى السبب لكنه يخير كما ذكره بعد فصار كفضوليين باع كل منهما من رجل وأجاز المالك البيعين فإن كلا منهما يخير لأنه تغير عليه شرط عدم عقده فلعل رغبته فى تملك الكل اهـ (قوله بنصف الثمن) أى الذى عينه أحدهما ، وإن كان خلاف ما عينه الآخر ، كأن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر نصفه بمائة ، وقيد بالشراء من ذى اليد لأنه لو ادعيا الشراء من غير ذى اليد فإنه يأتى حكمه (قوله لتفريق الصفقة عليه) فلعل رغبته فى تملك الكل (قوله وإن ترك أحدهما بعد ما قضى لهما)

لانفساخه بالقضاء ، فلو قبله فله (وهو) أى ما ادعيا شراءه (للسابق) تاريخا (إن أرخا) فيرد البائع ماقبضه من الآخر إليه سراج (و) هو (لذى يد إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما) أو استوى تاريخهما

أفاد أنه بالقضاءله بالنصف لا يجبر على أخذه لما فيه من الضرر (قوله لا نفساخه) أى انفساخ البيع فى النصف بالقضاء أى لأنه صار مقضيا عليه بالنصف لصاحبه فانفسخ البيع فيه فلا يكون له أن يأخذه بعد الانفساخ ، لأن العقد متى انفسخ بقضاء القاضى لايعود إلا بتجديده ولم يوجد (قوله فلو قبله) أى فلو ترك أحدهما قبل القضاءبه بينهما فللآخر أن يأخذه كله لأنه أثبت ببينته أنه اشترى الكل ، وإنما يرجع إلى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به ولم يوجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء كما فى البحر (قوله للسابق تاريخا إن أرخا) أى لأنه أثبت الشراء فى زمن لاينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ، وهذا كما علمت فيما إذا ادعيا الشراء من واحد ، فلو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما تاريخا ولا المؤرخ فقط لأن ملك بائعهما لاتاريخ له (قوله فيرد البائع ماقبضه) أى الثمن (قوله وهو الذى يد) أى المدعى بالفتح إنلم يؤرخا الخ . لما ذكر ما إذا ادعى الخارجان الشراء من ذى اليد وفيه لا يترجح واحد إلا بسبق التاريخ أخذ يتكلم على ما إذا ادعى خارج وذويد الشراء من واحد ويترجح ذواليد لأنها دليل سبقه ولأنهما استويافى الإثبات وترجيح ذىاليد بها وليس للثانى ما يعارضها فلا يساويه . ولأن يد الثابت لا تنقض بالشك ، ويكون الترجيح أيضا فى هذه المسألة بسبق التاريخ فيترجح ذواليد فى أربع : ما إذا سبق تاريخه وهو ظاهر ، وما إذا لم يؤرخا لما ذكر : وما إذا كان التاريخ من جانب لأنه غير معتبر كما لو لم يؤرخا ، وما إذا استوى التاريخان لتعارضهما فصار كما لو لم يؤرخا ويترجح الخارج فى واحدة ، وهو ما إذا سبق تاريخه .

ويمكن أن تجعل هذه المسألة من تفاريع ماإذا ادعى الخارجان الشراء من ذى اليد وأثبت أحدهما بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان على مانقله فى البحر عن المعراج .

ويشكل عليه ماذكره بعد عن الذخيرة من أن ثبوت اليد بأحدهما بالمعاينة . ويمكن أن يقال ماثبت بالبينة معاينة لأن المعاينة لا تكون من القاضى لأنه لا يقضى بعلمه فلم يبق إلا معاينة الشهود .

قال فى البحر : ولى إشكال فى عبارة الكتاب : هو أن أصل المسألة مفروض فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذايد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة .

ثم رأيت فى المعراج مايزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن فى يد البائع انتهى . إلا أنه يشكل ماذكره بعد عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة انتهى .

والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغى إفرادها .

وحاصلها أن خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذواليد فى الوجوه الثلاثة والخارج فى وجه واحد انتهى كلام البحر . وفيه الإشكال الذى ذكره عن الذخيرة .

وأجاب المقدسى بأن قوله وهو لذى يد إن لم يؤرخا يرجع إلى مطلق مدعيين لابقيد كونهما خارجين ، وقد أشار المصنف إلى ما قدمنا من أن الحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغى إفرادها حيث ذكر قوله ولذى وقت ، ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله ولذى يد لأنه من تتمة المسألة الأولى ويكون قوله ولذى استئناف مسألة أخرى .

[فرع] لو برهنا على ذى يدبالوديعة يقضى بها لهما نصفين ثم إذا أقام أحدهما البينة على صاحبه أنه لم يسمع ،

(و) هو (الذى وقت إن وقت أحدهما فقط و) الحال أنه (لا يدلهما) وإن لم يوقتا فقد مر أن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة

ولو برهن أحدهما وأقام الآخر شاهدين ولم يزكيا قضى به لصاحب البينة ثم أقام الآخر بينة عادلة أنه ملكه أودعه عند الذى فى يده أولم يذكروا ذلك فقضى به له على المقضى له أولا ، وهذا يخالف الشراء فإن فيه لايحكم للثانى ولعله لأن الإيداع من قبيل المطلق (قوله وهو لذى وقت الخ) الأولى تقديمها على قوله وهو لذى يد لأنها من تتمة الأولى ، وإنما كان القول له لثبوت ملكه فى ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ، وإنهما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما إلا بالتلقى منه وأن شراءهما حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات إلا إذا ثبت التاريخ فيثبت تقدمه فلهذا كان المؤرخ أولى ، بخلاف ما إذا اختلف بائعهما على ما بينا ، وبخلاف ما إذا ادعى الملك ولم يدع الشراء من ذى اليد حيث لم يكن التاريخ أولى عند أبى حنيفة ومحمد .

[تنبيه] قال المدنى : أقول التاريخ فى الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد بخلافه فى الملك بسبب كما هو معروف اهـ .

وفيه عن القهستانى عن الخزانة أنه لو وقت أحدهما شهرا والآخر ساعة فالساعة أولى والتاريخ هو قلب التأخير . واصطلاحا هو تعريف وقت الشىء بأن يسند إلى وقت حدوث أمر شائع كظهور دولة أو غيره كطوفان وزلزلة لينسب إلى ذلك الوقت الزمانى الآتى ، وقيل هو يوم معلوم نسب إليه ذلك الزمان ، وقيل هو مدة معلومة بين حدوث أمر ظاهر وبين أوقات حوادث أخر كما فى نهاية الإدراك (قوله والحال أنه لايد لهما) بأن كان المبيع فى يد ثالث (قوله وإن لم يوقتا الخ) لا حاجة إليه (قوله والشراء أحق من هبة) أى لو برهن خارجان على ذى يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى ، لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض ، فلو أحدهما ذايد والمسألة بحالها يقضى للخارج أو للأسبق تاريخا ، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح ، ولو كل منهما ذايدفهو لهما ، أو للأسبق تاريخا كدعوى ملك مطلق ، ولو اختلف المملك استويا لأن كلا منهما خصم عن مملكه فى إثبات ملكه وهما سواء ، بخلاف مالو اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب ، وفيه يقدم الأقوى ، وأطلق فى الهبة وهى مقيدة بالتسليم وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعا ، وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين الاستواء فى التبرع ، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأنه يظهر فى ثانى الحال وهو عدم التمكن من الرجوع فى المستقبل والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغنى كذا فى البحر ملخصا .

وفيه : ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض فإن الملك فى كل متوقف على القبض وينبغى تقديم الشراء للمعاوضة . ورده المقدسى بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة والبيع الفاسد منهى عنه ، ولم يذكر مالو اختلفا فى الشراء مع الوقف فحكمه ما فى مشتمل الأحكام عن القنية قال : ادعى على رجل أن هذه الدار التى فى يده وقف مطلق وذو اليد ادعى أن بائعى اشتراها من الوقف وأرخا وأقاما البينة فبينة الوقف أولى ، ثم إذا أثبت ذو اليد تاريخا سابقا على الوقف فبينته أولى وإلا فبينة الوقف أولى اهـ.

وفى فتاوى مؤيد زاده : ادعى عليه دارا أنه باعها منى منذ خمس عشرة سنة وادعى الآخر أنها وقف عليه مسجل وأقاما بينة . فبينة مدعى البيع أولى ، وإن ذكر الواقف بعينه فبينة الوقف أولى لأنه يصير مقضيا عليه

وصدقة) ورهن ولو مع قبض وهذا (إن لم يؤرخا ، فلو أرخا واتحد المملك فالأسبق أحق) لقوته (ولو أرخت إحداها فقط فالمؤرخة أولى) ولو اختلف المملك استويا وهذا فيما لايقسم اتفاقا .

واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار ، والأصح أن الكل لمدعى الشراء لأن الاستحقاق

(قوله وصدقة) قال فى البحر : الصدقة المقبوضة والهبة كذلك سواء للتبرع فيهما ، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأن أثر اللزوم يظهر فى ثانى الحال وهو عدم التمكن من الرجوع فى المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم فى الحال والهبة قد تكون لازمة بأن كانت لمحرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغنى (قوله ورهن ولو مع قبض) إنما قدم الشراء عليه لأنه يفيد الملك بعوض للحال والرهن لا يفيد الملك للحال فكان الشراء أقوى ، وقد علمت أن الهبة بعوض كالشراء فتقدم عليه ، وقوله ولو مع قبض راجع إلى الرهن فقط لأن دعوى الهبة أو الصدقة غير المقبوضة لا تسمع (قوله واتحد المملك) أما إذا كان المملك مختلفا فلا يعتبر فيه سبق التاريخ أبو السعود ، بل يستويان كما يأتى قال فى البحر : أطلقه وهو مقيد بأن لا تاريخ لهما ، إذ لو أرخا مع اتحاد المملك كان للأسبق فأخذه منه وذكر ماذكر من خلل صاحب الكنز بهذا القيد مع جواز الاعتذار بحمل المطلق على الخالى من التاريخ إذ الأصل عدمه فتأمل ، أفاده الرملى (قوله ولو أرخت إحداهما) أى إحدى البينتين لما تقدم فيما إذا أرخت إحدى بينتى مدعى الشراء من واحد (قوله فالمؤرخة أولى) لأنهما اتفقا على الملك والملك لا يتلق إلا من جهة المملك وهو واحد فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم له به درر (قوله استويا) لأن كلا منهما خصم عن مملكه فى إثبات ملكه وهما فيه سواء ، بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب . وفيه يقدم الأقوى كما فى البحر أى فينصف المدعى بين مدعى الشراء ومدعى الهبة والصدقة ، وهذا ظاهر فى غير الرهن أما فيه فينبغى أن لا يصح فيه مطلقا لعدم صحة رهن المشاع شيوعا مقارنا أو طارئا على حصة شائعة يقسم أولا كما سيأتى فى بابه . وأما طرّوه على حصة مفروزة فلا يبطله كما نبه عليه المقدسى فتنبه .

وفى البحر : لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضى بينهم أرباعا لأنهم يلتقون الملك من مملكهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق (قوله وهذا) أى الاستواء .

اعلم أن صاحب البحر والهندية جعلا ذلك فيما إذا كانت العين فى أيديهما . وعبارة البحر بعد أن صرح بأن مدعى الشراء والهبة مع القبض خارجان ، ادعيا على ثالث نصها : وقيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت فى يد أحدهما والمسألة بحالها فإنه يقضى للخارج إلا فى أسبق التاريخ فهو للأسبق ، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح لها كما فى المحيط وإن كانت فى أيديهما فيقضى بينهما إلا فى أسبق التاريخ فهى له كدعوى ملك مطلق ، وهذا إذا كان المدعى مما لا يقسم كالعبد والدابة ، وأما فيما يقسم كالدار فإنه يقضى لمدعى الشراء لأن مدعى الهبة أثبت بالبينة الهبة فى الكل ثم استحق الآخر نصفه بالشراء واستحقاق نصف الهبة فى مشاع يحتمل القسمة يبطل الهبة بالإجماع فلا تقبل بينة مدعى الهبة فكان مدعى الشراء منفردا بإقامة البينة اه ونقلاها عن المحيط ، وكلام المؤلف يفيد أن ذلك فيما إذا اختلف المملك واستويا ، والحكم واحد لأن الإشاعة تتحقق فى حال اختلافه أيضا ط (قوله لأن الاستحقاق) أى استحقاق مدعى الشراء النصف ، وهو جواب عما قاله فى العمادية من أن الصحيح أنهما سواء لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة ويفسد الرهن اه وأقره فى البحر وصدر الشريعة. قال المصنف نقلا عن الدرر . عده صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح . والصحيح مافى

من قبيل الشيوع المقارن لاالطارئ هبة الدرر (والشراء والمهر سواء) فينصف وترجع هى بنصف القيمة وهو بنصف الثمن أو يفسخ لما مر (هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما، فإن سبق تاريخ أحدهما كان أحق) قيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة عمادية والمراد من النكاح

الكافى والفصولين ، فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لاطارئا عليها انتهت أى وحيث كانت من قبيل المقارن وهو يبطل الهبة إجماعا ينفرد مدعى الشراء بالبرهان فيكون أولى (قوله من قبيل الشيوع المقارن) أى وهو يبطل الهبة بالإجماع كما علمت ، فينفرد مدعى الشراء بإقامة البينة فيكون أولى (قوله لا الطارىء) لأنه لا يفسد الهبة والصدقة بخلاف المقارن كما علمت ، وهذا جواب عما قاله العمادى كما تقدم ، والرجوع ببعض الهبة كالشيوع الطارئ (قوله هبة الدرر) ومثله فى التبيين والمنح (قوله والشراء والمهر سواء) يعنى إذ[illegible] [illegible]هما الشراء من ذى يد وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما فى القوة ، فإن كل واحد [illegible] معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عندهما . وقال محمد : الشراء أولى (قوله وترجع هى) أى على الزوج بنصف القيمة لاستحقاق نصف المسمى (قوله وهو بنصف الثمن) أى إن كان نقده (قوله أو يفسخ) بالبناء للمجهول ليشمل المهر والمشترى لأن كلا منهما دخل عليه عيب تفريق الصفقة ، فللمرأة أن ترده وترجع بجميع القيمة والمشترى بجميع الثمن (قوله لما مر) أى من تفرق الصفقة عليه (قوله أو أرخا واستوى تاريخهما الخ) قال فى ترجيح البينات للبغدادى : قامت بينة على المال وبينة على البراءة وأرخا فإن كان تاريخ البراءة سابقا يقضى بالمال . وإن كان لاحقا يقضى بالبراءة ، وإن لم يؤرخا أو أرخت إحداهما دون الأخرى أو أرخا وتاريخهما سواء فالبراءة أولى لأن البراءة إنما تكتب لتكون حجة صحيحة ولا صحة لها إلا بعد وجوب المال ، والظاهر أنه كان بعد وجوب المال الأول اهـ (قوله قيد بالشراء) أى فى جعله مع المهر سواء لأن الهبة وأخواتها لا تساوى المهر ولذا قال الشارح لأن النكاح أحق (قوله لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة) انظر ما معنى هذه العبارة مع قوله المار والشراء والمهر سواء فلم يظهرلى فائدتها سوى أنه تكرار محض تأمل (قوله والمراد من النكاح) أى فى قول العمادى لأن النكاح الخ المهر . قال فى البحر ناقلا عن جامع الفصولين : لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويتا بأن تكون منكوحة لذا وهبة للآخر بأن يهب أمته المنكوحة فينبغى أن لا تبطل بينة الهبة حذرا من تكذيب المؤمن ، وكذا الصدقة مع النكاح ، وكذا الرهن مع النكاح اهـ وهو وهم لأنه فهم أن المراد لو تنازعا فى أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة والآخر أنه تزوجها وليس مرادهم . وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به فى المحيط فى الكتاب ولذا قال فى المحيط : والشراء أولى من النكاح عند محمد . وعند أبى يوسف هما سواء . لمحمد أن المهر صلة من وجه قد أطلق النكاح وأراد المهر . ومما يدل على ما ذكرناه أن العمادى بعدما ذكر أن النكاح أولى قال ثم إن كانت العين فى يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى للخارج . ولو كانت فى أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له اهـ . وكيف يتوهم أن الكلام فى المنكوحة بعد قوله تكون بينهما نصفين .

وينبغى لو تنازعا فى الأمة ادعى أحدهما أنها ملكه والآخر أنها منكوحته وهما من رجل واحد وبرهنا ولا مرجح أن يثبتا لعدم المنافاة فتكون ملكا لمدعى الملك هبة أو شراء منكوحة الآخر كما بحثه فى الجامع ولم أره صريحا اهـ .

المهر كما حرره فى البحر مغلطا للجامع ، نعم يستوى النكاح والشراء او تنازعا فى الأمة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكا له منكوحة للآخر فتدبر .

(ورهن مع قبض أحق من هبة بلا عوض معه) استحسانا ولو به فهى أحق لأنها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن ، ولو العين معهما استويا ما لم يؤرخا وأحدهما أسبق (وإن برهن خارجان) على ملك مؤرخ

فالحاصل أن صاحب البحر استحسن بحث صاحب الفصولين ولكنه لم يره منقولا ، ووهمه فى حمله قولهم النكاح أولى من الهبة أن المراد ادعاء أحدهما نكاح الأمة والآخر هبتها بدليل ماذكره فى العمادية أنها لو كانت فى أيديهما ولا مرجح يقضى بينهما ولا يصح ذلك فى المدعى نكاحها ، وأن صاحب المحيط أطلق النكاح وأراد المهر كما بينه (قوله المهر) فيكون من إطلاق الشيء وإرادة أثره المترتب عليه (قوله كما حرره فى البحر مغلطا للجامع) أى جامع الفصولين فى قوله لو اجتمع نكاح وهبة إلى آخر ما قدمناه (قوله نعم الخ) هذا الذى جعله صاحب البحر بحثا لصاحب الفصولين وذكر أنه لم يره منقولا كما تقدم ، وهو استدراك على قوله والمراد من النكاح المهر (قوله او تنازعا فى الأمة) أى وبرهنا (قوله ولا مرجح) كسبق التاريخ (قوله فتكون ملكا له الخ) لعدم المنافاة (قوله ورهن مع قبض الخ) أى إن لم يكن مع واحد منهما تاريخ (قوله معه) أى مع القبض قال المصنف فى منحه : قولى بلا عوض هو قيد لازم أخل به صاحب الكنز والوقاية . قال الرملى : هو لصاحب البحر مع أنه لا يضر تركه إذ الهبة إذا أطلقت يراد بها الخالية عن العوض كما هو ظاهر . بل لقائل أن يقول ذكرها ربما يشبه التكرار لأنها بيع انتهاء حتى جرت أحكام البيع عليها فعلم حكمها منه تأمل (قوله استحسانا) وجه الاستحسان أن الرهن مضمون فكذا المقبوض بحكم الرهن والهبة أمانة والمضمون أقوى فكان أولى . والقياس أن الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته (قوله ولو العين معهما استويا) يعنى أن ما تقدم فيما إذا كانا خارجين ، فإن كانت فى يديهما فهما سواء ، وإن كانت فى يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى له .

وبحث فيه العمادى بأن الشيوع الطارئ يفسد الرهن فينبغى أن يقضى بالكل لمدعى الشراء ، لأن مدعى الرهن أثبت رهنا فاسدا فلا تقبل بينته فصار كأن مدعى الشراء انفرد بإقامة البينة ، ولهذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده إنه إنما يقضى به بينهما فيما إذا اجتمع الشراء والهبة إذا كان المدعى مما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة أما إذا كان شيئا يحتملها يقضى بالكل لمدعى الشراء ، قال لأن مدعى الشراء قد استحق النصف على مدعى الهبة واستحقاق نصف الهبة فى مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة فلا تقبل بينة مدعى الهبة ، غير أن الصحيح ما أعلمتك من أن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن والله تعالى أعلم بحر .

قلت : وعلى مامر من أن الاستحقاق من الشيوع المقارن ينبغى أن يقضى لمدعى الشراء بالأولى ، فالحكم بالاستواء على كل من القولين مشكل فليتأمل .

قال المصنف فى المنح : هذا الكلام من العمادى يشير إلى أن الاستحقاق من قبيل الشيوع الطارئ وليس كذلك بل هو من الشيوع المقارن المفسد كما صرح به فى جامع الفصولين ، وصححه فى شرح الدرر والغرر ، ونقله فى الكنز فى كتاب الهبة وأقره (قوله وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ الخ) قيد بالملك لأنه لو أقامها على أنها فى يده منذ سنين ولم يشهد أنها له قضى بها للمدعى لأنها شهدت باليد لا بالملك كما فى البحر .

وفيه : ومن أهم مسائل هذا الباب معرفة الخارج من ذى اليد .

وفى جامع الفصولين : ادعى كل أنه فى يده فلو برهن أحدهما يقبل ويكون الآخر خارجا ولولا بينة لهما لايحلف واحد منهما (١) .

ولو برهن أحدهما على اليد وحكم بيده ثم برهن على الملك لا تقبل إذ بينة ذى اليد على الملك لاتقبل .

مطلب من أهم مسائله دعوى الرجلين معرفة الخارج من ذى اليد

أخذ عينا من يد آخر وقال إنى أخذته من يده لأنه كان ملكى وبرهن على ذلك تقبل لأنه وإن كان ذايد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذااليد فى الحقيقة هو الخارج .

ولو غصب أرضا وزرعها فادعى رجل أنها له وغصبها منه ، فلو برهن على غصبه وإحداث يده يكون هو ذايد والزارع خارجا ، ولو لم يثبت إحداث يده فالزارع ذويد والمدعى هو الخارج .

بيده عقار أحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذايد ، فلو ادعى عليه أنك أحدثت اليد وكان بيدى فأنكر يحلف اهـ . وبه علم أن اليد الظاهرة لا اعتبار بها .

ثم اعلم : أن الرجلين إذا ادعيا عينا ، فإما أن يدعيا ملكا مطلقا أو ملكا بسبب متحد قابل للتكرار أوغير قابل أو مختلف أحدهما أقوى من الآخر أو مستويان من واحد أو من متعدد أويدعى أحدهما الملك المطلق والآخر الملك بسبب أو أحدهما ما يتكرر والآخر ما لا يتكرر فهى تسعة ، وكل منهما إما أن يبرهن أو يبرهن أحدهما فقط . أولا برهان لواحد منهما ولا مرجح أو لأحدهما مرجح ، فهى أربعة صارت ستا وثلاثين ، وكل منها إما أن يكون المدعى فى يد ثالث أو فى يدهما أو فى يد أحدهما فهى أربعة صارت مائة وثمانية وعشرين(٢) وكل منها على أربعة : إما أن لايؤرخا أوأرخا واستويا أو سبق أحدهما أوأرخ أحدهما صارت خمسمائة واثنى عشراه.

وقد أوصلها فى التسهيل لجامع الفصولين إلى سبعة آلاف وستمائة وسبعين مسألة . وأفردها برسالة خاصة ، وقد تخرج مع هذا العاجز الحقير زيادة على ذلك بكثير حررته فى ورقة حين اطلاعى على تلك الرسالة ، وسأجمع فى ذلك رسالة حافلة إن شاء الله تعالى ولكن ذكر ذلك هنا يطول ولا حاجة إلى ذكره ؛ بل أقتصر على ما ذكره العلامة عبد الباقى أفندى أسيرى زاده حيث جعل لها ميزانا إلا أنه أوصل الصور إلى ستة وتسعين فقال :

اعلم أن الرجلين إذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو ، إما أن ادعى كلاهما ملكا مطلقا ، أو ادعى كلاهما بسبب واحد بأن ادعيا إرثا أو شراء من اثنين أو من واحد ، أو ادعى أحدهما ملكا مطلقا والآخر نتاجا ، أو ادعى كلاهما نتاجا ، أو ادعى كلاهما ملكا وأنه إما أن يكون المدعى به فى يد ثالث أو فى يد أحدهما ، وكل وجه على أربعة أقسام : إما إن لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا ، أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، أو أرخ أحدهما لاالآخر وجملة ذلك ستة وتسعون فصلا كما سيجىء تفصيله إن شاء الله تعالى ، وهى هذه كما ترى أحببت ذكرها تسهيلا للمراجعة وتقريبا وإن كان فى المصنف والشارح شىء كثير منها لكن بهذه الصورة يقرب المأخذ ، وإن تكرر فإن المكرر للحاجة يحلو .

---

(١) إذ لم يثبت كون أحدهما غصبا للآخر ، إذ يصير غصبا بالبينة ولم يثبت يد واحد منهما اهـ منه .

(٢) (قوله صارت مائة وثمانية وعشرين) لعل الصواب مائة وأربعة وأربعين ، وقوله الآتى (صارت خمسمائة واثنى عشر) لعل صوابه خمسمائة وستة وسبعين للمحرر اهـ .

ادعيا عينا ملكا مطلقا والعين فى يد ثالث :

١ إن لم يؤرخا يقضى بينهما ٢ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما ٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عندهما يقضى للأسبق. وعند محمد فى رواية يقضى بينهما ٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر عند أبى حنيفة يقضى بينهما . وعند أبى يوسف للمؤرخ . وعند محمد لمن أطلق ومشايخنا أفتوا بقول أبى حنيفة .

ولو ادعيا ملكا مطلقا والعين فى يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا وبرهنا يقضى بينهما لاستوائهما فى الحجة.

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه فى زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به .

مطلب تستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة

ولو أرخ أحدهما لا الآخر . فعند أبى حنيفة لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم ملكه لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه ، ويحتمل أن يكون متأخرا عنه فيجعل مقارنا رعاية للاحتمالين . وعند أبى يوسف للمؤرخ لأنه أثبت لنفسه الملك فى ذلك الوقت يقينا ، ومن لم يؤرخ ثبت للحال يقينا وفى ثبوته فى وقت تاريخ صاحبه شك ولا يعارضه . وعند محمد يقضى لمن أطلق لأن دعوى الملك المطلق من الأصل ، ودعوى الملك المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض، أو تستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة فكان المطلق أسبق تاريخا فكان أولى ، هذا إذا كان المدعى فى يد ثالث .

وفى الخلاصة من الثالث عشر من الدعوى : يقضى للأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه فى زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه ، ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به .

من المحل المزبور : فعند أبى حنيفة لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم ملكه لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه ، ويحتمل أن يكون متأخرا عنه فيجعل مغايرا رعاية للاحتمالين .

من المحل المزبور : وعند أبى يوسف للمؤرخ لأنه أثبت لنفسه الملك فى ذلك الوقت يقينا، ومن لم يؤرخ ثبت للحال يقينا ، وفى ثبوته فى وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه

من المحل المزبور : وعند محمد يقضى لمن أطلق لأن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل ودعوى الملك المؤرخ تقتصر على وقت التاريخ .

ادعيا ملكا مطلقا والعين فى أيديهما :

٥ لم يؤرخا يقضى بينهما ٦ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما ٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عندهما يقضى للأسبق . وعند محمد فى رواية يقضى بينهما ومشايخنا أفتوا بأولوية الأسبق على قول الإمامين ٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر عند أبى حنيفة يقضى بينهما . وعند أبى يوسف للمؤرخ . وعند محمد لمن أطلق ومشايخنا أفتوا على قول أبى حنيفة .

ولو ادعيا ملكا مطلقا ، فإن كانت العين فى أيديهما فكذلك الجواب أى كما كانت العين فى يد ثالث لأنه

. . . .

لم يترجح أحدهما على الآخر باليد ولم ينحط حاله عن حال الآخر باليد جامع الفصولين من الفصل الثامن .

ادعيا ملكا مطلقا والعين في يد أحدهما :

٩ لم يؤرخا يقضى للخارج ١٠ أو أرخا تاريخا واحداً يقضى للخارج ١١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، عندهما يقضى لأسبقهما ، وعند محمد يقضى للخارج ، أفتى مشايخنا بأولوية الأسبق على قول الإمامين ١٢ أو أرخ أحدهما لاالآخر ، عند أبي يوسف يقضى للمؤرخ ، وعند محمد يقضى للخارج ، أفتى مشايخنا على قول محمد .

ولو ادعيا ملكا مطلقا ، فإن كانت العين فى يد أحدهما فإن كانا أرخا سواء أو لم يؤرخا فهو للخارج ، لأن بينته أكثر إثباتا ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما . وعن محمد أنه رجع عن هذا القول وقال : لاتقبل بينة ذى اليد على الوقت ولا على غيره لأن البينتين قامتا على الملك المطلق ولم يتعرضا لجهة الملك فاستوى التقدم والتأخر فيقضى للخارج .

مطلب البينة مع التاريخ تتضمن معنى بينة دفع الخارج

ولهما أن البينة مع التاريخ تتضمن الدفع ، فإن الملك إذا ثبت للشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لايكون إلا بالتلقى منه فصارت بينة ذى اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لاتصح إلا بعد إثبات التلقى من قبله وبينته على الدفع مقبولة ، وعلى هذا إذا كانت الدار فى أيديهما فصاحب الوقت الأول أولى عندهما وعنده يكون بينهما .

وإن أرّخ أحدهما لاالآخر ، فعند أبى يوسف يقضى للمؤرخ لأن بينته أقدم من المطلق ، كما لو ادعى رجلان شراء من آخر وأرخ أحدهما لاالآخر كان المؤرخ أولى . وعند أبى حنيفة ومحمد يقضى للخارج ، ولا عبرة للوقت لأن بينة ذى اليد إنما تقبل إذا كانت متضمنة معنى الدفع ، وهنا وقع الاحتمال فى معنى الدفع لوقوع الشك فى وجوب التلقى من جهته لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم ، فإذا وقع الشك فى تضمنه معنى الدفع فلا يقبل مع الشك والاحتمال جامع الفصولين من الفصل الثامن .

قال الرملى أقول : هذه المسألة المنقولة عن الخلاصة ليست من باب دعوى الملك المطلق ؟

وفى الخلاصة إذا ادعيا تلقى الملك من رجلين والدار فى يد أحدهما فإنه يقضى للخارج سواء أرخا أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسبق اه .

قال : رجل ادعى دارا أو عقارا أو منقولا فى يد رجل ملكا مطلقا وأقام البينة على الملك المطلق وأقام ذو اليد بينة أيضا أنه ملكه فبينة الخارج أولى عند علمائنا الثلاثة ، وهذا إذا لم يذكرا تاريخا ، وأما إذا ذكراه وتاريخهما سواء فكذلك يقضى ببينة الخارج ، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق فلأسبقهما تاريخا سواء كان خارجا أو صاحب يد ، وهو قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف وقول محمد أولا . وعلى قول أبى يوسف أولا ، وهو قول محمد آخرا ، لاعبرة فيه للتاريخ بل يقضى للخارج ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فكذلك يقضى للخارج من صرة الفتاوى نقلا من الذخيرة . حجة الخارج فى الملك المطلق أولى من حجة ذى اليد لأن الخارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالحديث إلا إذا كانا أرخا وذو اليد أسبق لأن للتاريخ عبرة عند أبى حنيفة فى دعوى الملك المطلق(١)

---

(١) نسخة : مطلق ملك .

. . . .

إذا كان من الطرفين ، وهو قول أبى يوسف آخرا ، وقول محمد أولا . وعلى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد آخرا لاعبرة له بل يقضى للخارج درر .

ادعيا ملكا إرثا من أبيه والعين فى يد ثالث :

١٣ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين ١٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما نصفين ١٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة يقضى للأسبق إن كان تاريخهما الملك مورثهما ، وإن كان تاريخهما الموت مورثهما عند محمد يقضى بينهما نصفين ١٦ أو أرخ أحدهما لاالآخر يقضى بينهما إجماعا .

ولو ادعى كل واحد منهما إرثا من أبيه ، فلو كان العين فى يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا سواء(١) فهو بينهما نصفين لإستوائهما فى الحجة ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وكان أبو يوسف يقول أولا يقضى به بينهما نصفين فى الإرث والملك المطلق ثم رجع إلى ماقلنا . وقال محمد فى رواية أبى حفص كما قاله أبو حنيفة . وقال فى رواية أبى سليمان : لاعبرة للتاريخ فى الإرث فيقضى بينهما نصفين ، وإن سبق تاريخ أحدهما لأنهما لايدعيان الملك لأنفسهما إبتداء بل لمورثهما ثم يجرانه إلى أنفسهما ولا تاريخ لملك المورثين ، فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق ، حتى لو كان لملك المورثين تاريخ يقضى لأسبقهما :

أقول : ينبغى أن يكون حكم هذا كحكم دعوى الشراء من اثنين لأن المورثين كبائعين فى تلقى الملك منهما فمن لم يعتبر التاريخ فى الشراء من البائعين ينبغى أن لايعتبر التاريخ فى الإرث أيضا ، فرد الإشكال على من خالف فيشكل التفصى : أى التخلص إلا بالحمل على الروايتين .

والحاصل أن فى اعتبار تاريخ تلقى الملك من البائعين اختلاف الروايات على ما سيجىء فكذا الإرث فلا فرق بينهما فى الحكم فلا إشكال حينئذ ، وإن أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما نصفين إجماعا لأنهما ادعيا تلقى الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ وقيل يقضى للمؤرخ عند أبى يوسف جامع الفصولين من الفصل الثامن :

وفى كتاب الدعوى من الخلاصة : وإن أرخا لملك مورثهما يعتبر سبق التاريخ فى قولهم جميعا اه أى بأن أقام أحدهما بينة أن أباه مات منذ سنة وتركها ميراثا له وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين وتركها ميراثا له ، ففى هذا الوجه خالف محمدا نقورى فى دعوى الإرث .

ادعيا ملكا إرثا من أبيهما والعين فى أيديهما أى ادعى كل منهما الإرث من أبيه :

١٧ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين ١٨ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما نصفين ١٩ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة يقضى للأسبق إن كان تاريخهما لموت مورثهما ، وإن كان تاريخهما لملك مورثهما عند محمد يقضى بينهما نصفين ، ورجح صاحب جامع الفصولين قول محمد هنا ٢٠ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما إجماعا أى كما لو كانت العين فى يد ثالث ، ولو ادعيا ملكا إرثا فإن كانت العين فى أيديهما فكذلك الجواب(٢) فى أول الثامن من الفصولين ملخصا .

---

(١) أى إذا لم يؤرخا أو أرخا سواء . (٢) أى كما لو كانت العين فى يد ثالث اه منه .

ادعيا ملكا إرثا لأبيه والعين فى يد أحدهما :

٢١ لم يؤرخا يقضى للخارج ٢٢ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى للخارج . ٢٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عندهما يقضى للخارج ، ومشايخنا أفتوا بأولوية الأسبق على قول الإمامين . ٢٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى للخارج إجماعا .

ولو ادعيا ملكا إرثا لأبيه ، إن كانت العين فى يد أحدهما ولم يؤرخا أو أرخا سواء(١) يقضى للخارج ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما . وعند محمد للخارج لأنه لاعبرة للتاريخ هنا ، وإن أرخ أحدهما لا الآخر فهو للخارج إجماعا ، وقيل يقضى للمؤرخ عند أبى يوسف من جامع الفصولين فى الثامن .

أقول : أو أرخا وتاريخ الخارج أسبق ، وإن أرخا وتاريخ ذى اليد أسبق فهو له .

والحاصل : أنه للخارج إلا إذا سبق تاريخ ذى اليد كما سيأتى ، ووضع المسألة فى تلقى الملك عن اثنين خير الدين .

وفى الخلاصة من الثالث عشر من الدعوى : ولو ادعيا الميراث كل واحد منهما يقول هذا لى ورثته من أبى لو كان فى يد أحدهما فهو للخارج إلا إذا كان تاريخ ذى اليد أسبق فهو أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو للخارج بالإجماع .

قال فى الرابع من الاستروشنية والثامن من العمادية نقلا عن التجريد : لو ادعى صاحب اليد الإرث عن أبيه وادعى خارج مثل ذلك وأقام البينة يقضى للخارج فى قولهم جميعا ، ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق قضى للأسبق عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد يقضى للخارج اه .

قال فى غاية البيان نقلا عن المبسوط لخواهر زاده : إن ادعيا ملكا بسبب بأن ادعى كل تلقى الملك من اثنين بالميراث أو بالشراء فالجواب عنه كالجواب فى الملك المطلق على التفصيل الذى ذكرناه اه .

وقد ذكر أن العين فى الملك المطلق إن كانت فى يد أحدهما وأرخا وتاريخ أحدهما أسبق فعلى قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد الأول يقضى لأسبقهما تاريخا ، وعلى قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد الآخر يقضى للخارج من هامش الانقروى فى نوع دعوى الإرث من كتاب الدعوى .

ادعيا الشراء من اثنين والعين فى يد ثالث :

٢٥ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين . ٢٦ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما نصفين .

٢٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة للأسبق إن كان تاريخهما لملك بائعهما ، وإن كان تاريخهما لوقت اشترائهما عند محمد يقضى بينهما نصفين ، ورجح صاحب الفصولين قول محمد .

١٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما اتفاقا .

وإن ادعيا الشراء من اثنين والدار فى يد الثالث ، فإن لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء قضى بالدار بينهما ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الميراث ، يعنى أن فيه ثلاثة أقوال ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو على ماذكرنا فى الميراث أيضا . وأما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا الشراء وتاريخ أحدهما أسبق ، فقد روى عن محمد أنهما إذا لم يؤرخا ملك البائعين يقضى بينهما نصفين كما فى فصل الميراث ، فعلى هذه الرواية لايحتاج إلى الفرق بين الشراء والميراث ، وفى ظاهر الرواية يقضى

(٢) أى إذا لم يؤرخا أو أرخا سواء اه منه .

. . . .

فى فصل الشراء لأسبقهما تاريخا عند محمد ، وعلى ظاهر رواية محمد يحتاج إلى الفرق أنقروى من نوع فى دعوى الشراء والبيع .

وفى جامع الفصولين : وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة ، وإن أرخا وأحدهما أسبق يقضى لأسبقهما اتفاقا ، بخلاف مالو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ بينهما لملك البائعين فتاريخه لملكه لايعتد به وصارا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما . أما هنا فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل وإنما اختلفا فى المتلقى منه وهذا الرجل أثبت التلقى لنفسه فى وقت لاينازعه فيه صاحبه فيقضى له به ثم لايقضى به لغيره بعد إلا إذا تلقى منه وهو لايتلقى منه انتهى .

وفيه أيضا أقول : يتراءى لى أن الأصوب هو أن لايعتبر سبق التاريخ فى صورة التلقى من اثنين إذ لا تاريخ لابتداء ملك البائعين ، فتاريخ المشترى لملكه لايعتد به مع تعدد البائع فصارا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك المطلق بلا تاريخ اه .

ادعيا شراء من اثنين والعين فى أيديهما :

٢٩ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين . ٣٠ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما نصفين .

٣١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٣٢ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما نصفين .

وفى الرابع من دعوى المحيط فى نوع فى دعوى صاحب اليد تلقى الملك من جهة غيرهما ادعيا تلقى الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعين بينهما وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما بالدار ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا ، وإن ادعيا تلقى الملك من جهة اثنين فكذلك الجواب على التفصيل الذى قلنا فيما إذا ادعيا التلقى من جهة واحدة أنقروى فى آخر دعوى الشراء والبيع .

ادعيا عينا شراء من اثنين والعين فى يد أحدهما :

٣٣ لم يؤرخا يقضى للخارج . ٣٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى للخارج ٣٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٣٦ أو أرخ أحدهما لا الآخر(١) يقضى للخارج إذا ادعيا تلقى الملك من رجلين والدار فى يد أحدهما فإنه يقضى للخارج سواء أرخا أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسبق خلاصة من الثالث عشر من كتاب الدعوى .

وفى البزازية : عبد فى يد رجل برهن رجل على أنه كان لفلان اشتراه منه منذ عشرة أيام وبرهن ذو اليد على أنه كان لآخر اشتراه منه منذ شهر بكذا وسماه ، فعلى قول الثانى فى قوله الثانى هو لأسبقهما تاريخا وهو ذو اليد . وقال محمد فى قوله الآخر : هو للمدعى ، وعلى قياس قول الثانى أولا هو المدعى اه .

---

(١) (قوله وإن أرخ أحدهما لا الآخر الخ) أقول : أى وهما خارجان والبائع واحد .

وذكر فى الفصولين بعد ورقة : ولو أرخ أحدهما فذو اليد أولى ، إذ وقت الساكت يحتمل فلا ينقض قبضه بالشك ، ولو كان المبيع فى يد بائعه ولأحد المدعيين تاريخ فالمؤرخ أولى إذ لا مزاحم فى وقته فراجعه إذ هو قيد فيما هنا ، ولكن قوله فيما ذكره بعده وإن كانت العين فى أيديهما وقوله بعده وإن فى يد أحدهما شاهد أن وضع ماهنا فيما إذا كان المبيع فى يد ثالث وتعرض له أيضا والمفروض فى الشكل أن البائع واحد فتأمل اه منه .

. . . .

أقول : فعلى هذا ينبغى أن يفتى لأسبقهما تاريخا ، كما لو ادعيا الشراء من واحد لأن العمل بظاهر الرواية أولى .

ادعيا عينا شراء من واحد والعين فى يد ثالث :

٣٧ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين . ٣٨ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى للخارج . ٣٩ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٤٠ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى للخارج ، وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة ، وإن أرخا وأحدهما أسبق يقضى لأسبقهما اتفاقا ، وإن أرخ أحدهما أى وهما خارجان لا الآخر فهو للمؤرخ اتفاقا من الفصولين من الثامن .

ولو ادعيا الشراء والدار فى يد ثالث ، إن ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحب اليد ولم يؤرخا وأقاما البينة يقضى بينهما نصفين لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن ، ولهما الخيار ، إن شاء قبض كل واحد منهما النصف بنصف الثمن ، وإن شاء ترك ، فإن ترك أحدهما ، إن ترك قبل القضاء فالآخر يأخذه بجميع الثمن بلا خيار ، وإن ترك بعد القضاء لايقبض إلا النصف بنصف الثمن ، ولو ادعيا الشراء من غير صاحب اليد فهى بينهما نصفين ، هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا ، ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فأسبقهما تاريخا أولى بالإجماع ، فإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر يقضى لصاحب التاريخ خلاصة من الثالث عشر من الدعوى ، ولو كان المبيع فى يد بائعه فبرهن أحدهما على الشراء وأنه قبضه منذ شهر وبرهن آخر على الشراء وأنه قبضه منذ عشرة أيام فذو الوقت الأول أولى جامع الفصولين .

ادعيا شراء من واحد والعين فى أيديهما :

٤١ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين . ٤٢ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما نصفين .
٤٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٤٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما نصفين ، وإن ادعيا الشراء من واحد والعين فى أيديهما فهو بينهما إلا إذا أرخا وأحدهما أسبق فحينئذ يقضى لأسبقهما من جامع الفصولين من الثامن ملخصا .

إذا ادعيا تلقى الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعين بينهما ، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا فى الرابع من دعوى المحيط .

وفى باب بيان اختلاف البينات فى البيع والشراء من دعوى المحيط : إن كانت العين فى أيديهما يقضى بينهما فى الفصول إلا إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق . وفى غاية البيان عن مبسوط خواهر زاده : إن كانت العين فى أيديهما إن لم يؤرخا أو أرخ سواء أو أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما نصفين ، أما فى الأولين فلا إشكال فيه . وأما إذا أرخ أحدهما دون الآخر فكذلك يقضى بينهما نصفين لأنه لاعبرة للتاريخ حالة الانفراد إذا كانت العين المؤرخ بيدهما معا ، ألا ترى أنه لو كان فى يد أحدهما فأرخ الخارج لايكون تاريخ أحدهما عبرة لاتنتقض يد ذى اليد بالاحتمال فكذا لايكون التاريخ عبرة إذا كان فى أيديهما حتى لاينقض مايثبت من يد الآخر فى النصف ، وإن لم يكن للتاريخ حالة الانفراد عبرة بمقابلة اليد صار وجود التاريخ وعدمه بمنزلة ، ولو عدم يقضى بالدار بينهما نصفين من هامش الأنقروى فى أول دعوى الشراء والبيع :

. . . .

ادعيا عينا شراء من واحد والعين فى يد أحدهما :

٤٥ لم يؤرخا يقضى لذى اليد . ٤٦ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لذى اليد . ٤٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٤٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لذى اليد . وإن ادعيا الشراء من واحد والعين فى يد أحدهما فهو لذى اليد سواء أرخ أو لم يؤرخ إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى به للخارج فى أول الفصل الثامن من الفصولين .

وفيه فى أواسط الفصل المذكور : ولو ادعى الخارج وذو اليد بسبب بهذا السبب نحو شراء وإرث وشبهه فلا يخلو إما أن يدعيا تلقى الملك من جهة واحد أو من جهة اثنين . فلو ادعياه من جهة واحد وبرهنا حكم به لذى اليد لولم يؤرخا أو أرخا سواء ، فلو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى ، ولو أرخ أحدهما فذو اليد أولى إذ وقت الساكت محتمل فلا ينقض قبضه بشك اه . وفيه أيضا فى المحل المزبور بإشارة المبسوط : وأجمعوا أن الخارج وذا اليد لو أثبتا الشراء من واحد وأرخ أحدهما لا الآخر فذو التاريخ أولى (فش) ذو اليد أولى (فث) إذ تاريخ الخارج فى حقه مخبر به والقبض فى حق ذى اليد معاين وهو دليل على سبق عقده ، والمعاينة أقوى من الخبر إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق يحكم للخارج اه .

وفيه بعده مسألة : ولو برهن من ليس بيده على أنه قبضه منذ شهر وبرهن ذو اليد على قبضه بلا توقيت أو برهن على الشراء ولم يذكر شهوده القبض فالمبيع له إذ يده فى الحال تدل على سبق قبضه وقد ثبت له التاريخ ضمنا ولا يدرى أنه قبل قبض الخارج أو بعده فلغت البينتان وترجح ذو اليد بيده القائمة فى الحال اه .

ادعيا عينا أحدهما ملكا سطلقا والآخر نتاجا والعين فى يد ثالث :

٤٩ لم يؤرخا يقضى لصاحب النتاج . ٥٠ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لصاحب النتاج .

٥١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب النتاج . ٥٢ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لصاحب النتاج .

ادعيا عينا ملكا مطلقا والآخر نتاجا والعين فى أيديهما .

٥٣ لم يؤرخا يقضى لصاحب النتاج . ٥٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لصاحب النتاج .

٥٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب النتاج . ٥٦ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لصاحب النتاج .

ادعيا عينا أحدهما ملكا مطلقا والآخر نتاجا والعين فى أيديهما :

٥٧ لم يؤرخا يقضى لصاحب النتاج . ٥٨ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لصالح النتاج .

٥٩ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب النتاج . ٦٠ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لصاحب النتاج .

فى باب دعوى الرجلين من الدرر والغرر : ولو برهن أحدهما من الخارج وذى اليد على الملك المطلق والآخر على النتاج فذو النتاج أولى .

وفى الباب المزبور من الملتقى : ولو برهنا على الملك والآخر على النتاج فهو أولى ، وكذا لوكانا خارجين اه .

وفى باب ما يدعيه الرجلان من شرح المجمع : لو أقام أحد المدعيين بينة على الملك والآخر على النتاج

. . . .

قدم صاحب النتاج سواء كان خارجا أو ذايد ، لأن صاحب النتاج يثبت أولية الملك فلا يملكه الغير إلا بالتلقى منه اه .

وقال أبو السعود العمادى فى تحريراته : قد علم من هذه النقول أنه لا فرق فى أولوية صاحب النتاج بين أن تكون العين فى يد أحدهما أو فى يد ثالث ، فإن كانت العين فى يدهما فكذلك صاحب النتاج أولى ، لأن كل واحد من صاحب اليد ذويد فى نصفه وخارج فى النصف الآخر كذى اليد مع الخارج .

والحاصل إذا برهن المدعيان أحدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج تقدم بينة النتاج سواء كان العين فى يد أحدهما أو فى يدهما أو فى يد ثالث كما بين فى الأصول اه .

وقال فى البحر الرائق فى القضاء : أطلقوا هذه العبارة وهى قولهم تقدم بينة النتاج على بينة الملك المطلق ، فشمل ما إذا أرخا واستويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما أو لم يؤرخا أصلا فلا اعتبار للتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى اوقت ذى اليد ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج ، ولو خالف سنه للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ويترك فى يد ذى اليد على ما كان. والنتاج بكسر النون: ولادة الحيوان ووضعه عند من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما فى المغرب ، والمراد ولادته فى ملكه أو ملك بائعه أو مورثه اه . والمراد لكون التاريخ مستحيلا فى دعوى النتاج عدم موافقة التاريخ لسن المولود .

ودعوى النتاج دعوى سبب الملك بالولادة فى ملكه لأن سبب ذلك نوعان : أحدهما لا يمكن تكرره والثانى يمكن تكرره ، فما لا يمكن تكرره هو النتاج ، فوقوع النتاج فى الخارج مرتين محال : يعنى لا يتصور عود الوالد إلى بطن أمه ثم خروجه مرة بعد أخرى ، فإذا كان الأمر كذلك الولد لا يعاد ولادته بعد الولادة مرة أخرى ، وما كان من المتاع كذلك ولا يصنع مرة أخرى بعد نقضه فلا يكون نحو النتاج(١) كما صرح به فى المفصلات اه فدعوى النتاج دعوى ما لا يتكرر كما صرح به قاضيخان فى آخر دعوى المنقول ، ودعوى النتاج دعوى أولية الملك كما ذكروا فى آخر الفصل الثامن من الفصولين ، فيكون كل دعوى أولية الملك كالنتاج وعلى هذا اتفاق الأئمة الفحول فى الفروع والأصول كما حققه جوي زاده(٢) فكل سبب للملك من المتاع ما لا يتكرر يعنى لا يعاد ولا يصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه فهو فى معنى النتاج ودعوى الملك بهذا السبب كدعواه بالنتاج فإن مثله فى عدم التكرر فحكمه كحكمه فى جميع أحكامه ، وأما كل سبب للملك من المتاع ما يتكرر يعنى يعاد ويصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه : فهو لا يكون بمعنى النتاج بل يكون فى منزلة الملك المطلق كما صرح به فى المحيط والمبسوط والزيلعى والظهيرية وغيرها اه .

مثال ما لا يتكرر كنسج ثياب قطنية أو كتانية لا تنسج إلا مرة فنسج ثوب قطن أو كتان سبب للملك لا يتكرر فهو كالنتاج ، فلو أقام خارج وذو يد على أن هذا الثوب ملكه وأنه نسج عنده فى ملكه كان ذو اليد أولى كما فى الخانية والبزازية وغيرهما اه وكحلب لبن فحلب لبن سبب للملك لا يتكرر فهو كالنتاج ،

---

(١) (قوله فلا يكون نحو النتاج) لعله سقط قبله وما كان من المتاع يصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه ليوافق كلامه الآتى ، وبالجملة فليحرر هذا المقام .

(٢) نسخة خواهر زاده

. . . .

فلو برهن كل من خارج وذى يد على أن هذا اللبن حلب فى ملكه كان ذواليد أولى كما نقله شارح الملتقى وحدتى عثمان أفندى الأسكوبى .

ومثال ما يتكرر كالمنطقة المصنوعة من الذهب والفضة وغيرهما كالبناء والشجر المغروس والبر المزروع وسائر الحبوب ونحوها مثلا فهو مما يتكرر ويعاد له بعد النقض مرة أخرى . فلو برهن كل من الخارج وذى اليد أن المنطقة صنعت فى ملكه وأن الشجر المغروس له فى ملكه وأن البر له زرعه والحبوب المملوكة له كان الخارج أولى لاحتمال أن الخارج فعله أولا ثم غصبه ذو اليد منه ونقضه وفعل ثانيا فيكون ملكا له بهذا الطريق ، فلم يكن فى معنى النتاج بل يكون بمنزلة الملك المطلق كما ذكره ابن ملك على المجمع . فإن الذهب المصنوع والفضة المصنوعة والبناء ينقض ويعاد ثانيا والشجر يغرس ثم يقطع من الأرض ويغرس ثانيا والحبوب تزرع ثم تغربل مع التراب فتميز ثم تزرع ثانيا ، وكذلك المصحف الشريف مما يتكرر ، فلو أقام كل من الخارج وذى اليد البينة أنه مصحفه كتبه فى ملكه فإنه يقضى به للمدعى . لأن الكتابة مما يتكرر يكتب ثم يمحى ثم يكتب كما فى دعوى المنقول من قاضيخان .

وفى الخلاصة فى الثالث عشر من الدعوى : أما السيف فمنه ما يضرب مرتين ومنه ما يضرب مرة واحدة فيسأل علماء الصياقلة ، إن قالوا يضرب مرتين يقضى للمدعى ، وإن قالوا مرة يقضى لذى اليد فإن أشكل عليهم أو اختلفوا ، فى رواية أبى سليمان يقضى به لذى اليد ، وفى رواية حفص يقضى للخارج .

وفى الوجيز للسرخسى : وإن كان مشكلا فالأصح أنه ملحق بالنتاج اهـ . وفى الدرر : فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء ببينة هو الأصل والعدول عنه بحديث النتاج فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل اهـ .

ادعيا عينا نتاجا والعين فى يد ثالث :

٦١ لم يؤرخا ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر قضى به بينهما نصفين ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق يقضى به بينهما نصفين . ٦٢ أو أرخا تاريخا واحدا ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق إن وافق سن المولود للوقت الذى ذكر قضى به بينهما ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به بينهما كذلك نصفين ، وإن خالف منه الوقت الذى ذكرا بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض وهو الأصح على ما قاله الزيلعى وحققه صاحب الدرر . ٦٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق إن وافق سن المولود لتاريخ أحدهما قضى به إن وافق سنه وقته ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما يقضى بينهما نصفين ، وإن أشكل على أحدهما قضى به لمن أشكل عليه ، وإن خالف للوقتين يطلب البيان عند البعض وهو الأصح على ماقاله الزيلعى وحققه صاحب الدرر ، وإن خالف سن المولود لأحد الوقتين قضى به للآخر . ٦٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان أو الرقيق ، إن وافق سن المولود التاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما يقضى به

. . . .

بينهما نصفين وإن خالف سنه لوقت المؤرخ يقضى به لمن لم يؤرخ ، لأنه إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو مشكل فى الوقت الآخر قضى بها لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ .

ادعيا نتاجا والعين فى أيديهما(١)

٦٥ لم يؤرخا إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق يقضى به بينهما نصفين . ٦٦ أو أرخا تاريخا واحدا ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود للوقت الذى ذكر قضى به بينهما وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به بينهما كذلك نصفين ، وإن خالف سنه للوقت الذى ذكرا بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض وهو الأصح على ما قاله الزيلعى وحققه صاحب الدرر . ٦٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، إن ادعيا بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود لتاريخ أحدهما قضى به لمن وافق سنه وقته ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما يقضى بينهما نصفين ، وإن أشكل على واحد منهما قضى به لمن أشكل عليه ، وإن خالف سنه للوقتين بطلت البينتان عند البعض وهو الأصح على ما قاله الزيلعى وحققه صاحب الدرر ، وإن خالف سن المولود لأحد الوقتين قضى به للآخر ٦٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ ، وإن لم يوافق بأن أشكل يقضى بينهما نصفين ، وإن خالف الوقت المؤرخ يقضى به لمن لم يؤرخ انتهى ، لأنه إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو أشكل الوقت الآخر قضى به لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ .

فى أواخر الفصل الثامن من الفصولين التاريخ فى دعوى النتاج لغو على كل حال أرخا سواء أو مختلفين أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط انتهى .

وفيه : برهن الخارجان على النتاج ، فلو لم يؤرخا أو أرخا سواء أوأرخ أحدهما لا الآخر فهو بينهما لفقد المرجح ، ولو أرخا وأحدهما أسبق ، فلو وافق سنه لأحدهما فهوله لظهور كذب الآخر ، ولو خالفهما أوأشكل فهو بينهما لأنه لم يثبت الوقت فكأنهما لم يؤرخا ، وقيل فيما خالفهما بطلت البينتان لظهور كذبهما فلا يقضى لهما اه .

واعلم أنه إذا تنازعا فى دابة وبرهنا على النتاج عنده أو عند بائعه ولم يؤرخا يحكم بها لذى اليد إن كانت فى يد أحدهما ، أو يحكم لهما إن كانت فى أيديهما أو فى يد ثالث كما ذكره الزيلعى .

وفى الثامن عشر من دعوى التتارخانية : وإن أرخا سواء ينظر إلى سن الدابة ، إن كان موافقا للوقت الذى ذكرا يقضى بها بينهما ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب الوقت الذى سن الدابة عليه اه يعنى قضى لمن وافق سنها وقته ، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ووافق سن الدابة الوقت المؤرخ قضى به للمؤرخ أيضا ، لأنه إذا كان أحدهما أسبق قضى به لمن وافق سنها وقته ، فإذا كان الأمر كذلك ، إن أرخ أحدهما

---

(١) حكم صاحب اليد فى النتاج كحكم الخارجين منه .

. . . .

ولم يؤرخ الآخر كان وقت غير المؤرخ مبهما لعدم ذكر التاريخ ، فإن فرض المؤرخ سابقا أوغير سابق يستقيم على صورة مسألة سبق أحد التاريخين وفى ذلك قضى لمن وافق سنها فهنا كذلك قضى للمؤرخ لموافقة تاريخه سنها ، وإن فرض المؤرخ مساويا لغير المؤرخ قضى للمؤرخ أيضا لأن فى موافقة غير المؤرخ شكا فلا يعارضه موافقته المؤرخ كذا حققه جوى زاده فى تحريراته اه فلا فرق للقضاء لمن وافق سنها بين أن تكون الدابة فى يد أحدهما أو فى يديهما أو فى يد ثالث لأن المعنى لا يختلف ، وإن خالف سنها للوقتين أو أشكل يقضى بها بينهما إن كانت فى أيديهما أو فى يد ثالث ، وإن كانت فى يد أحدهما قضى بها لذى اليد كما حققه صاحب الدرر نقلا عن الزيلعى وأيده بقوله وهو الأصح اه .

ثم اعلم أن هذا إذا كان سن الدابة مخالفا للوقتين ، أما إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو مشكل فى الوقت الآخر قضى بالدابة لصاحب الوقت الذى أشكل سن الدابة عليه ، كذا فى الثانى عشر من دعوى التتارخانية اه ، هذا إن أرخا كلاهما ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مخالفا لتاريخ المؤرخ يقضى لمن لم يؤرخ لأنه بالطريق الأولى فى أن يكون مشكلا على من لم يؤرخ ، لأن من لم يؤرخ أبهم وقته فتحقق الإشكال بينه وبين سن الدابة بالطريق الأولى فيقضى بالدابة لمن أشكل عليه سن الدابة وهو من لم يؤرخ كذا حققه جوى زاده فى تحريراته انتهى . وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلا عليهما قضى بينهما كما فى الثانى عشر والثالث عشر من دعوى التتارخانية انتهى . هذا إذا كانت الدابة فى أيديهما أو فى يد ثالث . وأما إذا كانت فى يد أحدهما قضى بها لذى اليد إن أرخ أحدهما ، ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلا عليهما كما حققه جوى زاده فى تحريراته ، والمراد من المخالفة بين السن والوقتين كون الدابة أكبر من الوقتين أو أصغر منهما كما فى الثامن عشر من دعوى المحيط .

وفى عبارة دعوى التتمة فى فصل ما يترجح به إحدى البينتين : إذا كان سن الدابة دون الوقتين أو فوقهما يكون مخالفا للوقتين ، والمراد بالإشكال عدم ظهور سن الدابة كما قال ابن ملك على المجمع فى باب ما يدعيه الرجلان ، فإن أشكل : أى إن لم يظهر سن الدابة اه .

واختلفت عبارات بعض النسخ فيما إذا خالف سن الدابة للوقتين . قال فى الهداية فى باب مايدعيه الرجلان : وإن خالف سن الدابة للوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم وتبعه فى الكافى والنهاية وغاية البيان والبدائع . وقال محمد : والأصح أن تكون الدابة بينهما ، لأنه إذا خالف سن الدابة للوقتين أو أشكل يسقط اعتبار ذكر الوقت فينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى الدعوى والحجة فوجب القضاء بها بينهما نصفين كذا فى الكافى كما حققه جوى زاده فى تحريراته :

وفى آخر الفصل الثامن من الفصولين : التاريخ فى دعوى النتاج لغو على كل حال أرخا سواء أو مختلفين أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط . قال المولى قاضى زاده أخذا من كلام صاحب الدرر والبدائع : بأن مخالفة السن للوقتين مكذب الوقتين لا مكذب البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذلك الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين ، لأنا لم نتيقن بكذب إحدى البينتين لجواز أن يكون سن الدابة موافقا للوقتين ولا يعرف الناظر كما أشار إليه السرخسى فى محيطه . وقد يشاهد أن بعض أهل النظر نظر فى سن فرس وقال إن سنه اثنان ونصف وكان سنه ثلاثا ونصفا ،

. . . .

فإذا تقرر هذا فاعلم أنه إذا لم يثبت الوقت صار كما لو لم يوقت على ما ذكر شيخ الإسلام الإسبيجابى فى شرح الكافى لأن الأصل عدم اعتبار التاريخ فى النتاج كما مر آنفا من الفصولين كذا حققه جوى زاده فى تحريراته.

وقال : قال قاضيخان فى أواخر دعوى المنقول : وإن خالف سن الدابة الوقتين فى رواية يقضى لهما وفى رواية يبطل البينتان اه وكذا فى خزانة الأكمل.

وفى الثامن من العمادية . وفى الرابع عشر من الاستروشنية كما فى الخانية : والظاهر من كلام قاضيخان أنه رجح القضاء بينهما لأنه قال فى أول كتابه : وفيما كثرت فيه الأقاويل من المتأخرين اختصرت على قول أو قولين وقدمت ماهو الأظهر وافتتحت بما هو الأشهر .

وقال الزيلعى فى شرح الكنز نقلا من المبسوط : والأصح أنهما لا تبطلان ، بل يقضى بينهما إذا كانا خارجين أو كانت فى أيديهما ، وإن كانت فى يد أحدهما يقضى بها لذى اليد وهكذا ذكر محمد. وأما ماذكره الحاكم بقوله بطلت البينتان ، وهو قول بعض المشايخ وهو ليس بشىء اه. واعتمد صاحب الدرر مافى الزيلعى.

وقال كما فى الزيلعى : وقول الزيلعى ظاهر الرواية وهو اختيار الأئمة الثلاثة كما فى معراج الدراية .

وفى رضاع البحر : الفتوى إذا اختلفت كان الترجيح بظاهر الرواية تمت النقول من تحريرات المرحوم أنقروى أفندى رحمه الله تعالى .

ادعيا عينا نتاجا والعين فى يد أحدهما:

٦٩ لم يؤرخا إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لذى اليد ، وإن أقام كل منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى كذا أفتى المولى على أفندى، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق قضى به لذى اليد من باب دعوى الرجلين فى دعوى الهندية . ٧٠ أو أرخا تاريخا واحدا، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود للوقت الذى ذكرا قضى به لذى اليد ، وإن لم يوافق بأن أشكل أو خالفهما قضى به لذى اليد كذلك . ٧١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد ، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن الدابة لتاريخ أحدهما قضى به لمن وافق سنه وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به لذى اليد ، وإن أشكل على أحدهما قضى به لمن أشكل عليه ، وإن خالف سنه للوقتين قضى به لذى اليد ، وإن خالف لأحد الوقتين قضى به للآخر ٧٢ أو أرخ أحدهما لا الآخر ، إن ادعيا أن الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد ، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق، إن وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به لذى اليد ، وإن خالف سنه لوقت المؤرخ يقضى به لمن لم يؤرخ ، لأنه إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو مشكل فى الوقت الآخر قضى به لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ .

قال محمد فى الأصل : إذا أدعى الرجل دابة فى يد إنسان أنها ملكه نتجت عنده وأقام بينة عليه وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك القياس يقضى بها للخارج .

وفى الاستحسان يقضى بها لصاحب اليد سواء أقام صاحب اليد البينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده . وفى الهداية : وهذا هو الصحيح فى أوائل الثانى عشر من دعوى التتارخانية ، هذا إذا لم يؤرخا ، وإن

. . . .

أرخا قضى بها لصاحب اليد إلا إذا كان سن الدابة مخالفا لوقت صاحب اليد موافقا لوقت الخارج فحينئذ يقضى للخارج فى الثانى عشر من دعوى المحيط ، ولا عبرة للتاريخ مع النتاج إلا إذا أرخا وقتين مختلفين ووافق سن الدابة تاريخ الخارج فإنه يقضى بها للخارج ، وإن وافق تاريخ ذى اليد أو كان مشكلا أو خالفهما قضى بها لذى اليد كما فى دعوى الوجيز ، فاعلم هذا إذا كان سن الدابة مخالفا للوقتين . أما إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين فلا يخلو من أن يكون موافقا أو مخالفا أو مشكلا للآخر فإن كان موافقا فكما مر حكمه آنفا قضى لمن وافق وإن كان مخالفا للوقتين قضى بها لذى اليد كما مر ، وإن كان مشكلا قضى بها لمن أشكل عليه لما ذكر فى التتارخانية والمحيط مطلقا إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو مشكل فى الوقت الآخر قضى بالدابة لصاحب الوقت الذى أشكل سن الدابة عليه اهـ . هذا إذا كانا أرخا كلاهما ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مخالفا لتاريخ المؤرخ يقضى لمن لم يؤرخ لأنه بالطريق الأولى من أن يكون مشكلا على من لم يؤرخ ، لأن من لم يؤرخ أبهم وقته فتحقق الإشكال بينه وبين سن الدابة بالطريق الأولى فيقضى بالدابة لمن أشكل عليه سن الدابة وهو من لم يؤرخ ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلا عليهما قضى بها لذى اليد كما حققه جوى زاده اهـ .

وفى باب دعوى الرجلين فى ملتقى الأبحر : وإن برهن خارج وذو اليد على النتاج فذو اليد أولى ، وكذا لو برهن كل من تلقى الملك من آخر على النتاج عنده اهـ ، يعنى لو كان النتاج ونحوه عند بائعه فذو اليد أولى ، كما لو كان النتاج ونحوه عند نفسه فإن كلا منهما إذا تلقى الملك من رجل وأقام البينة على سبب ملك عنده لا يتكرر فهو بمنزلة من أقامها على ذلك السبب عند نفسه ، لأن بينة ذى اليد قامت على أولية الملك فلا يثبت للخارج إلا بالتلقى منه كما صرح به فى الدرر والغرر فى باب دعوى الرجلين اهـ .

وفى الهداية فى باب ما يدعيه الرجلان : ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل على حدة وأقام البينة على على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج عند نفسه اهـ وسواء تلقى كل واحد منهما بشراء أو إرث أو هبة أو صدقة مقبوضتين كما أشار إليه فى الثامن من شهادات البزازية .

وفى آخر دعوى المنقول من قاضيخان : عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده اشتراه من فلان آخر وأنه ولد فى ملك بائعه فلان فإنه يقضى بالعبد لذى اليد لأن كل واحد منهما ادعى نتاج بائعه ودعوى نتاج بائعه كدعوى نتاج نفسه فيقضى ببينة ذى اليد انتهى لأن كل واحد من الخارج وذى اليد خصم فى إثبات نتاج بائعه كما أنه خصم فى إثبات الملك له ، ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان صاحب النتاج أولى فكذا من قام مقامهما كما صرح به الزيلعى انتهى :

وفى الدرر فى باب دعوى الرجلين . قال فى الذخيرة : والحاصل أن بينة ذى اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج على النتاج أو على مطلق الملك ، بأن ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج النتاج ، أو ادعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية ونحوها فأما إذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى .

وقال فى العمادية بعد نقل كلام الذخيرة : ذكر الفقيه أبو الليث فى باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور فى الذخيرة فقال : دابة فى يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو رهنها

. . . .

إياه وذواليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لذى اليد لأنه يدعى النتاج والآخر يدعى الإجارة أو الإعارة والنتاج أسبق منهما فيقضى لذى اليد وهذا خلاف ما نقل عنه اه .

وفى البرهانى فى الفصل الثانى عشر من كتاب الدعوى : إذا ادعى ذواليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذواليد كانت بينة الخارج أولى ، وكذا إذا ادعى ذواليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه أجره أو أودعه أو أعاره كانت بينة الخارج أولى .

قال شيخ الإسلام ، الحاصل أن بينة ذى اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج على النتاج أو على الملك المطلق ، بأن ادعى ذواليد النتاج وادعى الخارج الملك المطلق أو النتاج إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية أو ما أشبه ذلك . أما إذا ادعى الملك المطلق ومع ذلك فعلا فبينة الخارج أولى ، وأشار محمد ثمة إلى هذا المعنى لأن بينة الخارج فى هذه الصورة أكثر إثباتا انتهى هكذا فى الظهيرية فى النوع الثانى من كتاب الدعوى ، تمت النقول ، وأفتى مشايخنا بمسألة المحيط ، يعنى يفتى بترجيح بينة الخارج فى الصورة المذكورة .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من واحد والعين فى يد ثالث (١) :

٧٣ لم يؤرخا يقضى لمدعى الشراء ٧٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لمدعى الشراء ٧٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق ٧٦ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى للمؤرخ .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من واحد والعين فى يدهما (٢) :

٧٧ لم يؤرخا يقضى بينهما ٧٨ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما ٧٩ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق ٨٠ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من واحد والعين فى يد أحدهما (٣) :

٨١ لم يؤرخا يقضى لذى اليد ٨٢ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لذى اليد ٨٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق ٨٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لذى اليد .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من اثنين والعين فى يد ثالث (٤) :

٨٥ لم يؤرخا يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ٨٦ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ٨٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند الإمامين يقضى للأسبق . وعند محمد يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ؛ ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين ٨٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يقضى للمؤرخ وعند محمد لمن أطلق كما فى الملك المطلق ، ومشايخنا أفتوا على قول أبى حنيفة .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من اثنين والعين فى يدهما :

٨٩ لم يؤرخا يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ٩٠ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ٩١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق . عند الإمامين يقضى للأسبق . وعند محمد يقضى بينهما كما فى الملك المطلق

---

(١) بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهنا أو هبة منه .

(٢) بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهنا أو هبة منه .

(٣) بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهنا أو هبة منه .

(٤) بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر هبة من عمرو اه منه .

. . . .

ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين ٩٢ أو أرخ أحدهما لا الآخر عند أبي حنيفة يقضى بينهما . وعند أبي يوسف يقضى للمؤرخ . وعند محمد لمن أطلق كما فى الملك المطلق ، ومشايخنا أفتوا على قول أبى حنيفة .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من اثنين والعين فى يد أحدهما :

٩٣ لم يؤرخا يقضى للخارج كما فى الملك المطلق ٩٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى للخارج كما فى الملك المطلق ٩٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند الإمامين يقضى للأسبق . وعند محمد يقضى للخارج كما فى الملك المطلق ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين ٩٦ أو أرخ أحدهما لا الآخر عند محمد يقضى للخارج . وعند أبى يوسف يقضى للمؤرخ كما فى الملك المطلق ، ومشايخنا أفتوا على قول محمد .

ادعيا عينا فى يد آخر فبرهن أحدهما أنه اشتراه من زيد وبرهن الآخر أنه ارتهنه من زيد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فالشراء أولى ، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى . ولو أرخا وأحدهما أقدم فهو أولى ، ولو كانت العين فى يد أحدهما فهو أولى إلا إذا سبق تاريخ الخارج فهو للخارج ، ولو ادعى أحدهما هبة وقبضا من زيد وادعى الآخر شراء من زيد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فالشراء أولى ، وكذا جميع مامر فى الرهن ، ولو كانت العين بيدهما فهو بينهما إلا أن يؤرخ وأحدهما أقدم فهو أولى ، والصدقة مع الشراء كالهبة مع الشراء ، ولو اجتمعت الهبتان فحكمه حكم ما اجتمع الشراءان .

فى أواخر الفصل الثامن من الفصولين : وإذا اجتمعت الهبة مع القبض والصدقة(١) مع القبض فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان من أنقروى .

فى دعوى الرجلين بسببين مختلفين من كتاب الدعوى نقلا فى الرابع من دعوى التتارخانية .

هذا لو ادعيا تلقى الملك من جهة واحد بسببين مختلفين فلو ادعياه من جهة اثنين بسببين مختلفين ، بأن ادعى أحدهما هبة والآخر شراء ، لو كانت العين بيد ثالث أو بيدهما أو بيد أحدهما فحكمه كحكم ما إذا ادعيا ملكا مطلقا إذ كل منهما يثبت الملك المطلق لمملكه ثم يثبت الانتقال إلى نفسه فكأن المملكين ادعيا ملكا مطلقا وبرهنا ففى كل موضع ذكرنا فى دعوى الملك المطلق أنه يقضى بينهما فكذا هنا ، كذا ذا . وفى يس عين بيده وبرهن آخر أنه شراه من زيد وبرهن آخر أن بكرا وهبه فهو بينهما ولو برهنا على التلقى من واحد فالشراء أولى إذا تصادقا على أنه لواحد فبقى النزاع فى السبق فالشراء أسبق لأنه لما لم يبين سبق أحدهما جعلا كأنهما وافقا معا ، ولو تقارنا كان الشراء أسرع نفاذا من الهبة لأنها لا تصح إلا بقبض والبيع يصح بدونه هذا .

وإن ادعى أحدهما الشراء من زيد والآخر هبة وقبضا من الآخر والعين فى يد ثالث قضى بينهما ، وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه وادعى رابع صدقة وقبضا من آخر قضى بينهم أرباعا عند استواء الحجة إذ تلقوا الملك من مملكهم فكأنهم حضروا وبرهنوا على الملك المطلق فصولين من أواخر الثامن .

وإن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر الهبة من الآخر والعين فى يد ثالث قضى بينهما ، وكذا إن ادعى ثالث ميراثا عن أبيه وادعى رابع صدقة من آخر قضى بينهم أرباعا وإن كانت العين فى يد أحدهما يقضى للخارج إلا فى أسبق التاريخ ، وإن كان فى أيديهما يقضى بينهما إلا فى أسبق التاريخ فهو له ، وهذا إذا كان

(١) أقول دخل فى الصدقة دعوى الوقت ، بأن ادعى زوبد هبة من والده وادعى آخر وقفا منه وأرخ الأول لا الثانى والحكم العمل ببينة ذى التاريخ تأمل (خير الدين) اه منه .

(أو شراء مؤرخ من واحد) غير ذى يد (أو) برهن (خارج على ملك مؤرخ وذو يد على ملك مؤرخ أقدم فالسابق أحق ، وإن برهنا على شراء متفق تاريخهما) أو مختلف عينى وكل يدعى الشراء

المدعى مما لايقسم كالعبد والدابة . وأما مايقسم كالدار والعقار فإنه يقضى لمدعى الشراء أنقروى ، وإنما يصح أن يقضى بينهما لو كان المدعى مما لايحتمل القسمة أما المحتمل فيقضى بكله لمدعى الشراء . والصحيح فى الهبة أن يقضى بينهما احتمل القسمة أولا ، إذ الشيوع الطارئ لايفسد الهبة والصدقة فى الصحيح ويفسد الرهن ، كذا فى أواخر الفصل الثامن من الفصولين ، وهذا آخر ماوجدته ونقلته من نسخة محرفة تحريفا كليا بعد أن صححت ماظهر لى من الغلط بالرجوع إلى أصوله التى هى فى يدى ، ومتى ظفرت ببقية الأصول المنقول عنها تمم تصحيحها إن شاء الله تعالى (قوله أو شراء مؤرخ) أشار بذكره بعد ذكر الملك إلى أنه لافرق بين دعوى الملك المطلق والذى بسبب .

قال العينى : وأما الصورة الثانية : أى صورة الشراء فلأنهما لما ادعيا الشراء من شخص واحد فقد اتفقا أن الملك له فمن أثبت منهما التلقى من جهته فى زمان لايزاحمه فيه أحد كان أولى اه . فقوله وإن برهن خارجان الخ يشتمل على ثمان مسائل من الصور المتقدمة (قوله من واحد غير ذى يد) إنما قيد به تبعا للهداية ؛ لأن دعوى الخارجين الشراء من ذى يد قد تقدمت فى قوله ولو برهن خارجان على شىء قضى به لهما فلا فائدة فى التعميم بحر .

وفيه : وقيد بالبرهان على التاريخ أى منهما فى الأولى ، لأنه لو أرخت إحداهما دون الأخرى فهو سواء كما لو لم يؤرخا عنده . وقال أبو يوسف : المؤرخ أولى . وقال محمد : المبهم أولى ، بخلاف ما إذا أرخت إحداهما فقط فى الثانية فإن المؤرخ أولى .

والحاصل أنهما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهى بينهما فى المسألتين ، وإن أرخا وسبق أحدهما فالسابق أولى فيهما ، وإن أرّخت إحداهما فقط فهى الأحق فى الثانية لا فى الأولى ، وقدمنا أن دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والأسبق تاريخا (قوله وذو يد على ملك) قيد بالملك ، لأنها لو أقامها على أنها فى يده منذ سنتين ولم يشهدا أنها له قضى بها للمدعى لأنها شهدت باليد لا بالملك (قوله فالسابق أحق) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه ، وقيد بالتاريخ منهما لأنه إذا لم يؤرخا أو استويا فهى بينهما فى المسألتين الأوليين ، وإن سبقت إحداهما فالسابقة أولى فيهما ، وإن أرخت إحداهما فقط فهى الأحق فى الثانية لا الأولى ، وأما فى الثانية فالخارج أولى فى الصور الثلاث ، وتمامه فى البحر (قوله متفق) يجوز أن يقرأ بالرفع خبر لمبتدإ محذوف أى هو أى الشأن متفق ، ويجوز النصب على الحال من فاعل برهنا (قوله أو مختلف عينى) ومثله فى الزيلعى تبعا للكافى .

وادعى فى البحر أنه سهو وأنه يقدم الأسبق فى دعوى الشراء من شخص واحد فإنه يقدم الأسبق تاريخا ورده الرملى بأنه هو الساهى ، فإن فى المسألة اختلاف الرواية .

فنى جامع الفصولين : ولو برهنا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلف الروايات فى الكتب فما ذكر فى الهداية يشير إلى أنه لاعبرة لسبق التاريخ . وفى المبسوط مايدل على أن الأسبق أولى ، ثم رجع صاحب جامع الفصولين الأول اه ملخصا .

وفى نور العين عن قاضيخان : ادعيا شراء من اثنين يقضى بينهما نصفين . وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو

(من) رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط استويا) إن تعدد البائع، وإن اتحد فذو الوقت أحق، ثم لابد من ذكر المدعي وشهود ما يفيد ملك بائعه

أحق فى ظاهر الرواية. وعن محمد: لايعتبر التاريخ يعني يقضى بينهما، وإن أرخ أحدهما فقط يقضى بينهما نصفين وفاقا، فلو لأحدهما يد فالخارج أولى خلاصة إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد هداية.

برهن خارجان على شراء شيء من اثنين وأرخا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا وادعيا ثم يخير كل منهما كما فى مسألة دعوى الخارجين شراء من ذى اليد كفاية.

لو برهنا على شراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلفت روايات الكتب، فما فى الهداية يشير إلى أنه لاعبرة لسبق التاريخ بل يقضى بينهما، وفى المبسوط مايدل صريحا أن الأسبق أولى.

يقول الحقير: ويؤيده مامر عن قاضيخان أنه ظاهر الرواية، فما فى الهداية اختيار قول محمد اه. ثم قال: ودليل مافى المبسوط وقاضيخان وهو أن الأسبق تاريخا يضيف الملك إلى نفسه فى زمان لاينازعه غيره أقوى من دليل مافى الهداية وهو أنهما يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا أو ادعيا الملك بلا تاريخ. ووجه قوة الأول غير خاف على من تأمل ويرجحه أنه ظاهر الرواية اه، وكذا بحث فى دليل مافى الهداية فى الحواشي السعدية فراجعها، وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبنى على ظاهر الرواية فهو أولى مما فعله الشارح متابعا للدرر وإن وافق الكافى والهداية، وأما الحكم عليه بالسهو كما تقدم عن البحر فما لاينبغي (قوله من رجل آخر) أى غير الذى يدعى الشراء منه صاحبه زيلعي (قوله استويا) لأنهما فى الأول يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا، ولو وقت أحدهما فتوقيته لايدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم؛ بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لايتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره بحر. ثم قال: وإذا استويا فى مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك اه (قوله وإن اتحد الخ) ذكرنا الكلام عليه آنفا، وتقدمت فى هذا الباب فى محلها عن السراج (قوله مايفيد ملك بائعه) بأن يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها.

قال فى البحر: ثم اعلم أن البينة على الشراء لاتقبل حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها كما فى خزانة الأكمل.

وفى السراج الوهاج: لاتقبل الشهادة على الشراء من فلان حتى يشهدوا أنه باعها منه وهو يومئذ يملكها أو يشهدوا أنها لهذا المدعى اشتراها من فلان بكذا ونقده الثمن وسلمها إليه لأن الإنسان قد يبيع مالا يملك لجواز أن يكون وكيلا أو متعديا فلا يستحق المشترى الملك بذلك فلا بد من ذكر ملك البائع أو مايدل عليه اه.

قلت: إذا كان البائع وكيلا فكيف يشهدون بأنه باعها وهو يملكها فليتأمل اه.

أقول: إذا عرف الشهود أن البائع وكيل فالظاهر أنهم يقولون باعها بالوكالة عمن يملكها لأن خصوص وهو يملكها غير لازم.

قال فى نور العين فى آخر الفصل السادس رامزا للمبسوط: لاتقبل بينة الشراء من الغائب إلا بالشهادة بأحد الثلاثة، إما بملك بائعه بأن يقولوا باع وهو يملكه، وإما بملك مشتريه بأن يقولوا هو للمشترى اشتراه من فلان، وإما بقبضه بأن يقولوا هو للمشترى اشتراه منه وقبضه اه.

إن لم يكن المبيع فى يد البائع ، ولو شهدوا بيده فقولان بزازية زفإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه) أو برهنا على سبب ملك لايتكرر (كالنتاج)

وفيه رامز الفتاوى القاضى ظهير : ادعى إرثا ورثه من أبيه وادعى آخر شراءه من الميت وشهوده شهدوا بأن الميت باعه منه ولم يقولوا باعه منه وهو يملكه ، قالوا : لوكانت الدار فى يد مدعى الشراء أو مدعى الإرث فالشهادة جائزة لأنها على مجرد البيع ، إنما لاتقبل إذا لم تكن الدار فى يد المشترى أو الوارث ، أما لوكانت فالشهادة بالبيع كالشهادة ببيع وملك اه .

وفى البحر عن البزازية : إذا كان المبيع فى يد البائع تقبل من غير ذكر ملك البائع ، وإن كان فى يد غيره والمدعى يدعيه لنفسه ، إن ذكر المدعى وشهوده أن البائع يملكها أو قالوا سلمها إليه وقال سلمها إلى أو قال قبضت وقالوا قبض أو قال ملكى اشتريتها منه وهى لى تقبل ، فإن شهدوا على الشراء والنقد ولم يذكروا القبض ولا التسليم ولا ملك البائع ولا ملك المشترى لاتقبل الدعوى ولا الشهادة ، ولو شهدوا باليد للبائع دون الملك اختلفوا اه (قوله إن لم يكن المبيع فى يد البائع) أى وهو يدعى الشراء منه وبرهن فإنه لايحتاج إلى شهادة الشهود بملك البائع لمعاينة وضع يده (قوله ولو شهدوا بيده) أى بيد البائع دون الملك أى والمبيع ليس فى يده (قوله فقولان) ينبغى أن يعتمد عدم صحة ذلك لأن اليد تتنوع إلى يد ملك ويد غصب ويد أمانة ، وبيان العام لايحقق الخاص وهو المطلوب الذى هو الملك تأمل (قوله وذو اليد على الشراء منه) صورته : عبد فى يد زيد ادعاه بكر أنه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد على الشراء منه فذو اليد أولى ، لأن الخارج إن كان يثبت أولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه فلا تنافى فيه ، فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه ، وكذا لو برهن الخارج على الإرث فصولين ، ولو برهن على الشراء من أجنبى فالخارج أحق .

مطلب لااعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا

(قوله أو برهنا) أى الخارج وذو اليد . وفى البحر أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أو لم يؤرخا أصلا أو أرخت إحداهما فلا اعتبار للتاريخ مع النتاج إلا أن من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق من المدعى لوقت ذى اليد ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج ، ولو خالف سنه للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ يترك فى يد ذى اليد على ما كان وهو بينهما نصفين كذا فى رواية كذا فى جامع الفصولين .

وفيه : برهن خارج أن هذه أمته ولدت هذا القن فى ملكى وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعى لأنهما ادعيا فى الأمة ملكا مطلقا فيقضى بها للمدعى ثم يستحق القن تبعا اه .

مطلب يقدم ذو اليد فى دعوى النتاج إن لم يكن النزاع فى الأم

وبهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم فى دعوى النتاج على الخارج إن لم يتنازعا فى الأم ، أما لو تنازعا فيها فى الملك المطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فإنه لايقدم وهذه يجب حفظها اه .

تعريف النتاج

(قوله كالنتاج) هو ولادة الحيوان ، من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما فى المغرب ،

مطلب المراد بالنتاج ولادته فى ملكه أو ملك بائعه أو مورثه

والمراد ولادته فى ملكه أو ملك بائعه أو مورثه .

مطلب هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له لايقضى له

ولذا قال فى خزانة الأكمل : لو أقام ذو اليد أن هذه الدابة نتجت عنده أو نسج هذا الثوب عنده أو أن هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له فإنه لايقضى له اه وكذا لو شهدوا أنها بنت أمته لأنهم إنما شهدوا بالنسب كذا فى الخزانة .

وفى جامع الفصولين : برهن كل من الخارج وذى اليد على نتاج فى ملك بائعه حكم لذى اليد إذ كل منهما خصم عن بائعه فكأن بائعيهما حضرا وادعيا ملكا بنتاج لذى اليد اه وإنما حكم لذى اليد لأن البينة قامت على مالاتدل عليه اليد وترجحت بينة ذى اليد باليد فقضى له وهذا هو الصحيح، والقضاء ببينة الخارج هو الأصل، وإنما عدلنا عنه بخبر النتاج ، وهو ماروى جابر بن عبد الله « أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجت عنده وأقام الذى هى فى يده بينة أنها ناقته نتجها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده » وهذا حديث مشهور صحيح فصارت مسألة النتاج مخصوصة كما فى المحيط .

وفى القنية كما تقدم : بينة ذى اليد إذا أثبتت أولية الملك بالنتاج عنده فكذا إذا ادعاه عند مورثه اه ولو برهن أنه له والد فى ملكه وبرهن ذو اليد أنه له ولد فى ملك بائعه حكم به لذى اليد لأنه خصم عمن تلقى الملك منه ويده يد المتلقى منه فكأنه حضر وبرهن على النتاج والمدعى فى يده يحكم له به كذا هذا اه .

مطلب لايترجح نتاج فى ملكه على نتاج فى ملك بائعه

وبه ظهر أنه لايترجح نتاج فى ملكه على نتاج فى ملك بائعه .

مطلب لايشترط أن يشهدوا أن أمه فى ملكه

ولا يشترط أن يشهدوا بأن أمه فى ملكه ، لكن لو شهدت بينة بذلك دون أخرى قدمت عليها ، لما فى الخزانة : عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد فى ملكه وأقام آخر البينة أنه عبده ولد فى ملكه من أمته هذه قضى للذى أمه فى يده ، فإن أقام صاحب اليد البينة أنه عبده ولد فى ملكه من أمة أخرى فصاحب اليد أولى .

مطلب برهن كل من خارجين أنه عبده ولد من أمته

وعبده هذين ينصف وهو ابن عبدين وأمتين

عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد من أمته هذه من عبده هذا وأقام رجل آخر البينة بمثل ذلك فيكون بينهما نصفين فيكون ابن عبدين وأمتين . وقال صاحباه : لايثبت نسبه منهما اه . ومحل تقديم بينة ذى اليد فى النتاج إذا لم يدع الخارج نتاجا وعتقا وإلا كان الخارج أولى ، لأن بينة النتاج مع العتق أكثر إثباتا لأنها أثبتت أولية الملك على وجه لايستحق عليه أصلا وبينة ذى اليد أثبتت الملك على وجه يتصور استحقاق

وما فى معناه كنسج لايعاد وغزل قطن (وحلب لبن وجز صوف) ونحوها ولو عند بائعه درر (فذو اليد أحق) من الخارج إجماعا إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلا كغصب أو وديعة أو إجارة ونحوها فى رواية درر

ذلك عليه ، بخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد ادعى النتاج فبينة ذى اليد أولى .

مطلب رأى دابة تتبع دابة وترتضع يشهد بالملك والنتاج

وفى شهادات البزازية الشاهد عاين دابة تتبع دابة وترتضع له أن يشهد بالملك والنتاج اه .

قال فى الخلاصة : وعلى هذا لو شهد شاهدان على النتاج لزيد وآخران على النتاج لعمرو ، ويتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت فى ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى فى ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين اه (قوله وما فى معناه) مما لايتكرر (قوله كنسج لايعاد) كالثياب القطنى (قوله وحلب لبن) واتخاذ الجبن واللبد والمرعزاء وجز الصوف ، فإذا ادعى خارج وذو يد أن هذه ثيابى نسجت عندى أو لبنى حلب عندى أو جبنى أو لبدى اتخذ عندى أو صوفى جز عندى فإنه يقدم ذو اليد كما فى النتاج والعلة مافى النتاج والجبن بضمة وبضمتين كقبل قاموس . والمرعزاء إذا شددت الزاى قصرت وإذا خففت مدت والميم والعين مكسورتان ، وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهى كالصوف تحت شعر العنز مغرب .

قال أبو السعود : هو الشعر الخفيف الذى ينتف من ظهر المعز ويعمل منه الأقمشة الرفيعة اه .

أقول : ويوجد جنس مخصوص يسمى المرعز يعمل من صوفه الشال اللاهور والفرماش ، وهو يشبه المعز فى الخلقة والغنم فى الصوف إلا أنه ألين من صوف الغنم ، ولعله هو هو .

قال فى البحر : ولابد من الشهادة بالملك مع السبب الذى لايتكرر كالنتاج اه ط (قوله ولو عند بائعه) أو عند مورثه كما تقدم ، أى لافرق بين أن يدعى كل منهما النتاج ونحوه عنده أو عند بائعه فحكم النتاج يجرى على مافى معناه من كل غير متكرر (قوله فذو اليد أحق) أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أحدهما إلى آخر ماقدمناه قريبا عن البحر (قوله إلا إذا ادعى الخارج الخ) أى حيث تكون بينة الخارج أولى وإن ادعى ذو اليد النتاج ، لأن بينة الخارج فى هذه الصور أكثر إثباتا لأنها تثبت الفعل على ذى اليد وهو الغصب وأشباهه إذ هو غير ثابت أصلا ، وأولية الملك إن لم يكن ثابتا باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان إثبات غير الثابت من كل وجه أولى إذ البينة للإثبات كما فى التبيين .

بقى ما إذا ادعى الخارج فعلا ونتاجا يقدم بالأولى . ويمكن إدخالها فى عبارته بأن يقال دابة فى يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته ملكا أو نتاجا أخذها من ذى اليد تأمل (قوله فعلا) أى وإن لم يدع الخارج النتاج تأمل .

مطلب ادعى الخارج الفعل على ذى اليد المدعى النتاج فالخارج أولى

(قوله كغصب أو وديعة) قال فى البحر : وقد يكون كل منهما مدعيا للملك والنتاج فقط ، إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذى اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى ، وإن ادعى ذو اليد النتاج ، لأن بينة الخارج فى هذه الصورة أكثر إثباتا لإثباتها الفعل على ذى اليد إذ هو غير ثابت أصلا كما ذكره الشارح اه (قوله فى رواية) الأولى أن يقول فى قول كما فى الشرنبلالية ، وإنما قال ذلك لما قال فى العمادية بعد نقل كلام الذخيرة : ذكر الفقيه أبو الليث فى باب دعوى النتاج عن المبسوط ما يخالف المذكور فى الذخيرة ، فقال :

. . . .

دابة فى يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وذو اليد أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لذى اليد لأنه يدعى ملك النتاج والآخر يدعى الإجارة أو الإعارة والنتاج أسبق منهما فيقضى لذى اليد وهذا خلاف ما نقل عنه درر، واستظهر فى نور العين أن ما فى الذخيرة هو الأصح والأرجح وبه ظهر عدم الاختلاف بين العبارتين ، بأن يحمل الأول على أن كلا منهما ادعى النتاج ونحوه وزاد دعوى الفعل ، وما نقله عن أبى الليث أن الخارج إنما ادعى الفعل فقط بدون النتاج ، لكن تعليل الزيلعى يقتضى أن المثبت للفعل أكثر إثباتا سواء كان معه دعوى نتاج أولا فلذلك حكم صاحب الدرر أنها رواية ثانية ، وعليها اقتصر فى البحر وشراح الهداية . وعبارة الزيلعى بعد تعليل : تقديم ذى اليد فى دعوى النتاج بأن اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها ، فبإثباتها يندفع الخارج ، وبينة ذى اليد مقبولة للدفع ، ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذى اليد حيث تكون بينته أرجح وإن ادعى ذو اليد النتاج ، لأنه فى هذه أكثر إثباتا لإثباتها ما هو غير ثابت أصلا اه ملخصا ، ويؤيدها ما نذكره قريبا إن شاء الله تعالى عند قول المصنف قضى بها لذى اليد ، ويستثنى أيضا ما إذا تنازعا فى الأم كما مر ، وما إذا ادعى الخارج إعتاقا على النتاج كما مر ويأتى .

[فروع] فى البحر : شاتان فى يد رجل إحداها بيضاء والأخرى سوداء فادعاها رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء فى ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وأن هذه السوداء ولدت هذه البيضاء فى ملكه فإنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التى ذكرت شهوده أنها ولدت فى ملكه أى فيقضى للأول بالسوداء وللثانى بالبيضاء .

قال فى التتارخانية: هكذا ذكر محمد ، وهذا إذا كان سن الشاتين مشكلا، فإن كانت واحدة منهما تصلح أما للأخرى والأخرى لاتصلح أما لهذه كانت علامة الصدق ظاهرة فى شهادة شهود أحدهما فيقضى بشهادة شهوده.

وعن أبى يوسف فيما إذا كان سن الشاتين مشكلا : إنى لا أقبل بينتهما وأقضى بالشاة لكل واحد منهما بالشاة فى يده ، وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق .

ولو أقام الذى فى يده البيضاء أن البيضاء شاتى ولدت فى ملكى والسوداء التى فى يد صاحبى شاتى ولدت من هذه البيضاء وأقام الذى السوداء فى يده أن السوداء ولدت فى ملكى والبيضاء التى فى يد صاحبى ملكى ولدت من هذه السوداء فإنه يقضى لكل واحد منهما بما فى يده اه .

وإن كان فى يد رجل حمام أو دجاج أو طير مما يفرخ أقام رجل البينة أنه له فرخ فى ملكه وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك قضى به لصاحب اليد .

ولو ادعى لبنا فى يد رجل أنه له ضربه فى ملكه وبرهن ذو اليد يقضى به للخارج ، ولو كان مكان اللبن آجر أو جص أو نورة يقضى به لصاحب اليد وغزل القطن لايتكرر فيقضى به لذى اليد ، بخلاف غزل الصوف وورق الشجر وثمرته بمنزلة النتاج ، بخلاف غصن الشجرة والحنطة لابد من الشهادة بالملك مع السبب الذى لا يتكرر كالنتاج .

لو برهن الخارج على أن البيضة التى تفلقت عن هذه الدجاجة كانت له لم يقض له بالدجاجة ويقضى على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها ، لأن ملك البيضة ليس بسبب لملك الدجاجة ، فإن من غصب بيضة

أو كان سببا يتكرر كبناء وغرس ونسج خز وزرع بر ونحوه أو أشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لأنه الأصل وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج (وإن برهن كل) من الخارجين أو ذوى الأيدى أو الخارج وذى اليد عيني (على الشراء من الآخر بلا وقت سقطا وترك المال) المدعى به (فى يد من معه)

وحضنها تحت دجاجة له كان الفرخ للغاصب وعليه مثلها ، بخلاف الأمة فإن ولدها لصاحب الأم ، وجلد الشاة يقضى به لصاحب اليد والجبة المحشوة والفرو وكل مايقطع من الثياب والبسط والأنماط والثوب المصبوغ بعصفر أو زعفران يقضى بها للخارج اه (قوله أو كان سببا يتكرر) عطف على ادعى ، يعنى أن ذا اليد أحق فى كل حال إلا فى حال ما إذا ادعى غصبا أو كان سببا يتكرر فإنه يقضى للخارج بمنزلة الملك المطلق (قوله كبناء) أى كما إذا ادعى ذو اليد أن هذا الآجر ملكى بنيت به حائطى وادعى الخارج كذلك يقدم الخارج لأنه يمكن تكرره (قوله وغرس) قال الحموى : والحنطة مما يتكرر ، فإن الإنسان قد يزرع فى الأرض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم يزرع ثانية فإذا ادعى كل أنها حنطته زرعها وأقاما برهانا فإنه يقدم الخارج ، والنخل يغرس غير مرة فإذا تنازعا فى أرض ونخيل : أى كل يدعى غرسه وبرهنا فإنه يقضى للخارج بهما وكذا الأرض المزروعة ، يعنى أنها أرضه زرعها كل يدعى ذلك ، أما إذا كان الزرع مما يتكرر فظاهر وإلا كان تبعا للأرض كما فى الخلاصة .

والحاصل أن المنظور إليه فى كونه يتكرر أولا يتكرر هو الأصل لا التبع كما فى البحر (قوله ونسج خز) الخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا ، قيل هو نسج إذا بلى يغزل مرة ثانية ثم ينسج عزمى (قوله أو أشكل على أهل الخبرة) قال فى البحر : ونصل السيف يسأل عنه ، فإن أخبروا أنه لا يضرب إلا مرة كان لذى اليد وإلا للخارج أى فإذا ادعى خارج وذو يد أن هذا النصل له ضربه بيده وأقاما برهانا فهو على هذا اه . قال أبو السعود : فإن أشكل على أهل الخبرة قضى به للخارج والواحد منهم يكفى والإثنان أحوط . عزمى وزيلعى .

وذكر فى غاية البيان أنه إذا أشكل على أهل الخبرة اختلفت الرواية ، ففى رواية أبى سليمان يقضى لذى اليد وفى رواية أبى حفص يقضى للخارج اه (قوله لأنه الأصل) أى كون المدعى للخارج المبرهن لأن القضاء ببينة هو الأصل ، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل (قوله وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج) سبق ما فيه قال الخير الرملى : النتاج بالكسر مصدر ، يقال نتجت الناقة بالبناء للمفعول نتاجا ولدت . قال شيخ الإسلام زكريا : النتاج بكسر النون من تسمية المفعول بالمصدر ، يقال نتجت الناقة بالبناء للمفعول نتاجا ولدت اه . وقال ابن الملقن فى ضبط كلام المنهاج : النتاج بفتح النون ، ورأيت بخط المصنف فى الأصل بكسرها فى ثلاثة مواضع اه . قال الهيتمى : ضبطه المصنف يعنى النووى بكسر النون وضبطه الأستاذ بالفتح اه .

[تتمة] المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه بعده إلا إذا برهن على إبطال القضاء أو على تلقى الملك من المقضى له أو على النتاج كما فى العمادية والبزازية . قال الرملى : والظاهر أن ما فى خزانة الأكمل هو الراجح كما يشهد له الاقتصار عليه فى العمادية والبزازية وغيرهما ، فازدد نقلا فى المسألة إن شئت ، وقدمنا الكلام عليه فى دفع الدعوى (قوله من الآخر) أى من خصمه الآخر (قوله بلا وقت) قيد به لأنهما لو أرخا يقضى به لصاحب الوقت الأخير كذا فى خزانة الأكمل (قوله وترك المال المدعى به فى يد من معه) أى لا على وجه القضاء بل عملا بالأصل ، لأنه لما تهاترت البينتان رجع إلى الأصل ، وهو أن وضع اليد من أسباب الملك

وقال محمد: يقضى للخارج . قلنا الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له ، ولو أثبتا قبضا تهاترتا اتفاقا درر . (ولا ترجح بزيادة عدد الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل

(قوله وقال محمد يقضى للخارج) أى لإمكان العمل بالبينتين وبأن يجعل ذواليد كأنه اشترى من الآخر وقبض ثم باع ، لأن القبض دليل الشراء فيؤمر بالدفع إليه لأن تمكنه من القبض دليل السبق ، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لايجوز وإن كان فى العقار عنده ، وهذا فيما إذا كانت فى يد أحدهما كما يظهر من تقرير كلامه. وجه قولهما كما فى البحر أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين . وفيه التهاتر بالإجماع كذا هنا ، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذى اليد إلا بملك مستحق فبقى القضاء بمجرد السبب وأنه لا يفيده ، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض المضمون من كل جانب ، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده (قوله قلنا الإقدام) أى من الخارج على الشراء الذى ادعاه والإقدام من ذى اليد على الشراء الذى ادعاه (قوله إقرار منه) أى من القادم بالملك له للآخر فصارت بينة كل واحد منهما كأنها قامت على إقرار الآخر وفيه التهاتر بالإجماع لتعذر الجمع (قوله ولو أثبتا قبضا تهاترتا اتفاقا) لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول وهذا فى غير العقار ، أما فى العقار ، فإن وقتت البينتان ولم يثبتا قبضا . فإن كان وقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما . وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه، وإن أثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالإجماع ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا كما فى البحر عن الهداية . وفيه وفى المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافى اه .

أقول : ثم رأيت فى الشرنبلالية ما يكون تأييد الكلام الهداية ، حيث قال: وعند محمد يقضى بالبينتين، يعنى إن ذكروا القبض الخ تأمل .

وفى البحر أيضا عن الكافى: دار فى يد زيد برهن عمرو على أنه باعها من بكر بألف وبرهن بكر على أنه باعها من عمرو بمائة دينار وجحد زيد ذلك كله قضى بالدار بين المدعيين ولايقضى بشىء من الثمنين لأنه تعذر القضاء بالبيع لجهالة التاريخ ولم يتعذر القضاء بالملك . وعند محمد يقضى بها بينهما . ولكل واحد نصف الثمن على صاحبه ، لأنه لم يسلم لكل واحد إلا نصف المبيع .

ولو ادعت امرأة شراء الدار من عمرو بألف وعمرو ادعى أنه اشتراها منها بألف وزيد وهوذو اليد يدعى أنها له اشتراها من عمرو بألف وأقاموا البينة قضى لذى اليد لتعارض بينتى غيره فبقيت بينته بلا معارض . وعند محمد يقضى بالدار لذى اليد بألف عليه للخارج ويقضى لها على الخارج بألف ، لأن ذا اليد والمرأة ادعيا التلقى من الخارج فيجعل كأنها فى يده اه .

مطلب برهن كل على إقرار الآخر أنها له تهاترا

وأشار المؤلف إلى أنه لو برهن كل على إقرار الآخر أن هذا الشىء له فإنهما يتهاتران ويبقى فى يد ذى اليد كذا فى الخزانة (قوله ولا ترجح) يحتمل أن يقرأ الفعل بالتذكير أو التأنيث، فعلى الأولى يعود الضمير المستتر على الحكم ، وعلى الثانى يعود على الدعوى إلى هذا أشار العينى (قوله فإن الترجيح عندنا) أى وعند الشافعى فى القديم وبعض المالكية يرجحون بكثرة العدد (قوله بقوة الدليل) بأن يكون أحدهما متواترا والآخر من

لا بكثرته .

ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) فى ذلك (وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة) لأن المعتبر أصل العدالة ولاحد للأعدلية .

(دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأول ربعها والباقى للآخر بطريق المنازعة) وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف (وقالا الثلث له والباقى

الآحاد أو كان أحدهما مفسرا والآخر مجملا ، فيرجح المفسر على المجمل والتواتر على الآحاد لقوة فيه ، وكذا لايرجح أحد القياسين ولا الحديث بحديث آخر ، وشهادة كل شاهدين علة تامة فلا تصلح للترجيح كما فى البحر وسيأتى قريبا تمامه (قوله لا بكثرته) ولذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر ولا أحد القياسين بقياس آخر . قال فى غاية البيان : لأن الترجيح يكون بقوة العلة لا بكثرة فى العلل، ولذلك قلنا : إن الخبرين إذا تعارضا لا يترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر بل بما به يتأكد معنى الحجة فيه ، وهو الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يترجح المشهور بكثرة رواته على الشاذ لظهور زيادة القوة فيه من حيث الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم ويترجح بفقه الراوى وحسن ضبطه وإتقانه لأنه يتقوى به معنى الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم على الوجه الذى وصل إلينا بالنقل ، وكذلك الآيتان إذا وقعت المعارضة بينهما لا تترجح إحداهما بآية أخرى ، بل بقوة فى معنى الحجة وهو أنه نص مفسر والآخر مؤول ، وكذلك لايترجح أحد الخبرين بالقياس ، فعرفنا أن مايقع به الترجيح هو ما لايصلح علة للحكم ابتداء بل ما يكون(١) مقويا لما به صارت العلة موجبة للحكم اه .

قال المولى عبد الحليم : قوله فلأن الترجيح لا يقع بكثرة العلل بل الترجيح يقع بقوة العلة ولذلك ترجح شهادة العدل على شهادة المستور ، كما يرجح كون أحد الخبرين أو الآيتين مفسرا أو محكما على الآخر اه (قوله فهما سواء فى ذلك) أى فى الإقامة المأخوذة من أقام أى فى حكمها .

قال شيخ مشايخنا : ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا لم يصل إلى حد التواتر فإنه يفيد حينئذ العلم فلا ينبغى أن يجعل كالجانب الآخر اه .

أقول : ظاهر ما فى الشمنى والزيلعى يفيد ذلك حيث قال : ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد ، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها ، بأن يكون أحدهما متواترا والآخر آحادا أو يكون أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اه بيرى. وفى شرح الملتقى أن عدد الشهود إذا بلغ حد التواتر ينبغى أن يرجح على من لم يبلغه قياسا على الخبر من أنه يرجح كون أحد الخبرين إلى آخر ما قدمناه قريبا ولم أظفر على الرواية اه .

أقول : قد ذكر فى التحرير وشرحه ما حاصله : فرق بين الشهادة والخبر ، لأن السمع ورد فى الشهادة على خلاف القياس بأن يكون نصابها اثنين فلا يكون لكثرتهم قوة زائدة تمنع ما اعتبره السمع فى الطرف الآخر ، بخلاف الرواية فى الخبر فإن الحكم فيه نيط برواية كل من الراوى ، فلا شك أن كثرتهم تزيد الظن والقوة وفيه فافترقا على أن ما ورد فيه النص لا يؤثره القياس تدبر (قوله لأن المعتبر أصل العدالة) بل المعتبر فيه الولاية بالحرية والناس فيه سواء والعدالة شرطت لظهور أثر الصدق حتى وجب على القاضى القضاء ولذلك لم يلتفت إلى زيادة قوة فى العدالة ، وباقى التفصيل فى شرح الملتقى الشارح الهندى (قوله ولا حد للأعدلية) أى فلا يقع الترجيح بها لاحتمال أن يجد الآخر ما هو أعدل فلا يستقر الحكم على حالة (قوله بطريق المنازعة)

---

(١) (قوله بل ما يكون) لعل ما زائدة ، وليراجع الأصل .

للثانى بطريق العول) لأن المسألة كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة .

واعلم أن أنواع القسمة أربعة : ما يقسم بطريق العول إجماعا وهو ثمان : ميراث وديون ووصية ومحاباة ودراهم مرسلة

اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى اعتبر فى هذه المسألة طريق المنازعة ، وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة ، بقى النصف الآخر وفيه منازعتهما على السواء فينصف ، فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع ، وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة ، وإنما سمى بهذا لأن فى المسألة كلا ونصفا . فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة ، فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول . وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بقدر حقه ، فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثان فى الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث فى الدار فحصل ثلث الدار لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنه إذا ضرب الثلث فى الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان منح .

قال فى الهداية : إن لهذه المسألة نظائر وأضدادا لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها فى الزيادات اه وسيأتى الكلام عليها قريبا إن شاء الله تعالى عن شرح الزيادات لقاضيخان (قوله بطريق العول) هو فى اللغة الزيادة والارتفاع . وعند أهل الحساب أن يزاد على المخرج من أخواته إذا ضاق عن فرض ذى السهم (قوله فالمسألة من اثنين) لوجود كسر مخرجه ذلك وهو النصف (قوله وتعول إلى ثلاثة) فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم فيقسم أثلاثا بينهما . والأصل أنه إذا وقعت الدعوى فى شىء معين كانت القسمة بطريق المنازعة ، ومتى كانت الدعوى فى جزء غير معين وكان باسم السهم والنصيب كانت القسمة بطريق العول ، فالوجه لهما أن الدعوى وقعت فى جزء غير معين وهو النصف فيقسم على طريق العول كما فى المواريث .

وله أن الدعوى وقعت فى العين وإن كانت باسم النصف شائعا ، لكن الدعوى لاتصح إلا بالإضافة والإشارة إلى محل معين كأن يقول نصف هذه الدار ، فإذا صحت الدعوى على تعيين المحل الذى وقعت الدعوى فيه أخذ حكم دعوى شىء معين والعين قط لا تعول فيقسم على طريق المنازعة ، بخلاف المواريث والديون لأن المنازع فيه ابتداء هو الديون فى ذمة الميت دون العين ، وكذا المواريث أنصباء غير معينة بل هى شائعة فى التركة كذا فى الكافى شرح المنظومة (قوله ميراث) يعنى إذا اجتمعت سهام الفرائض فى التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم على طريق العول ، فإن ماتت وتركت زوجا وأختا شقيقة وأختا لأم فالمسألة من ستة وتعول إلى سبعة (قوله وديون) بأن كان عليه مائتان وترك مائة فيعطى لكل ذى مائة خمسون ، فلو كان لأحدهما مائة وللآخر خمسون قسمت المائة ثلاثة أسهم اثنان لصاحب المائة وواحد لصاحب الخمسين (قوله ووصية) أى بما دون الثلث كما قيده الزيلعى إذا اجتمعت وزادت على الثلث ، كما لو أوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بثلثه ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما بطريق العول . فيجعل الثلث ثلاثة أسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (قوله ومحاباة) أى الوصية بالمحاباة ، بأن أوصى بأن يباع عبد يساوى مائة بخمسين وعبد يساوى مائتين بمائة ولم يترك غيرهما ولم تجز الورثة كان ثلث المال مائة والمحاباة مائة وخمسين فتجعل المائة ثلاثة أسهم سهمان للمحابى بمائة وسهم للمحابى بخمسين (قوله ودراهم مرسلة) أى مطلقة غير مقيدة بثلث أو نصف أو نحوهما ، كما إذا أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ولم يترك إلا ثلثمائة فكان ثلث المال مائة ولم تجز الورثة تقسم المائة ثلاثة أسهم سهم لصاحب

وسعاية وجناية رقيق .

وبطريق المنازعة إجماعا : وهو مسألة الفضوليين .

وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما ، وهو ثلاث مسائل : مسألة الكتاب وإذا أوصى لرجل بكل ماله، أو بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك .

وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهو خمس كما بسطه الزيلعي والعيني ،

المائة وسهمان لصاحب المائتين (قوله وسعاية) بأن أوصى بعتق عبدين أو أعتقهما في مرض موته ولم يترك غيرهما ولم تجز الورثة يسعى كل بثلثي قيمته ، فلو أعتق واحدا ونصف الآخر أو أوصى بعتقهما كذلك وقيمتهما سواء وكان ذلك جميع التركة ولم تجز الورثة وقيمة العبد مائة وقيمة نصف العبد خمسون وثلث والمال خمسون يجعل الخمسون ثلاثة أسهم سهمان للعبد ويسعى في باقي قيمته وسهم لنصف العبد ويسعى في الباقي (قوله وجناية رقيق) أدخل في هذه صورتين : جناية العبد الرقيق غير المدبر والمدبر .

وصورة الأولى : عبد فقأعين رجل وقتل آخر خطأ فإنه يدفع لهما بطريق العول ، فأولياء المقتول يريدونه كله وصاحب العين يريد نصفه والكل نصفان مع نصف صاحب العين فيجعل ثلاثة أسهم سهمان لولي المقتول وسهم للمقلوع عينه .

وصورة الثانية : جناية المدبر إذا جنى على هذا الوجه فإنه يدفع السيد قيمته ثلثاها لولي المقتول وثلثها لصاحب العين وكأنها سقطت من الكاتب فإنها لم توجد في نسخ الدر . وبقي من الصور الوصية بالعتق وبهاتم الثمان (قوله وهي مسألة الفضوليين) بأن باع فضولي عبد إنسان بمائة وفضولي آخر نصف ذلك العبد بخمسين وأجاز المالك البيعين كان لصاحب الكل ثلاثة أرباع العبد أو ترك ولصاحب النصف ربعه أو ترك بطريق المنازعة عندهم جميعا (قوله وإذا أوصى لرجل بكل ماله) أي ولآخر بنصفه وأجازت الورثة ذلك ، فعند أبي حنيفة صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل في أحد النصفين فيسلم له ويتنازعان في النصف الثاني فيقتسمانه . وعندهما للموصى له بالكل نصفان وللموصى له بالنصف واحد ، فيجعل المال ثلاثة أسهم : سهمان للموصى له بالكل وسهم للموصى له بالنصف ، وكذا الموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه عنده وللموصى له بالنصف ربعه . وعندهما يجعل ثلاثة أسهم (قوله وهو خمس) الأولى : عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد المولين مائة ، يعني باعه شيئا نسيئة بمائة وأدانه أجنبي مائة فبيع العبد بمائة عند أبي حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى الدائن وبين الأجنبي أثلاثا ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى ، لأن إدانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه .

الثانية : إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين وبيع العبد عند أبي حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثا وعندهما أرباعا .

الثالثة : عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما يخير مولى العبد بين الدفع والفداء ، فإن فدى المولى يفدى بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف لشريك العافي وعشرة آلاف لولي الخطأ فإن دفعه يقسم العبد بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة ، وعندهما أرباعا .

الرابعة : لو كان الجاني مدبرا والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة .

الخامسة : أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد ولي كل واحد منهما على التعاقب سعت في ثلاثة أرباع قيمتها وكان للساكت من ولي الأجنبي ربع القيمة ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق

وتمامه فى البحر .

العول أثلاثا عند أبى حنيفة . وعندهما أرباعا بطريق المنازعة كذا فى البحر . والذى فى التبيين : فيعطى الربع لشريك العاق آخرا والنصف الآخر بينه وبين شريك العاق أولا أثلاثا ثلثاه لشريك العاق أولا والثلث لشريك العاق آخرا عنده وعندهما أرباعا .

مطلب جنس مسائل القسمة أربعة

(قوله وتمامه فى البحر) نقله عن شرح الزيادات لقاضيخان حيث قال وجنس مسائل القسمة أربعة : منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة عند الكل . ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عندهم. ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبى حنيفة ، وعندهما بطريق العول والمضاربة . ومنها ما يقسم على عكس ذلك .

مطلب مايقسم بطريق العول عندهم ثمانية

أما ما يقسم بطريق العول عندهم فثمانية .

إحداها : الميراث : إذا اجتمعت سهام الفرائض فى التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول .

والثانية : إذا اجتمعت الديون المتفاوتة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول .

والثالثة : إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه ولآخر بسدس ماله ولم يجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على طريق العول .

والرابعة : الوصية بالمحاباة : إذا أوصى بأن يباع العبد الذى قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفى درهم وأوصى لآخر بأن يباع العبد الذى يساوى ألفى درهم بألف حتى حصلت المحاباة لهما بألفى درهم كان الثلث بينهما بطريق العول .

والخامسة : الوصية بالعتق : إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه وذاك لا يخرج من الثلث يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية .

والسادسة : الوصية بألف مرسلة : إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول .

والسابعة : عبد فقأعين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بها يقسم الجانى بينهما بطريق العول ثلثاه لولى القتيل وثلثه للآخر .

والثامنة : مدبرجنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول .

مطلب مايقسم بطريق المنازعة مسألة واحدة

وأما مايقسم بطريق المنازعة فمسألة واحدة ذكرها فى الجامع : فضولى باع عبدا من رجل بألف درهم وفضولى آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعا خير المشتريان ، فإن اختارا الأخذ أخذا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشترى الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعا .

. . . .

مطلب مايقسم بطريق المنازعة عنده و بطريق العول عندهما ثلاث مسائل

وأماما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول فثلاث مسائل .

إحداها : دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعى كلها والآخر يدعى نصفها وأقاما البينة . عند أبي حنيفة تقسم الدار بينهما بطريق المنازعة ، ثلاثة أرباعها لمدعى الكل والربع لمدعى النصف . وعندهما أثلاثا ثلثاها لمدعى الكل وثلثها لمدعى النصف .

والثانية : إذا أوصى بجميع ماله لرجل ونصفه لآخر وأجازت الورثة عند أبي حنيفة المال بينهما أرباعا وعندهما أثلاثا .

والثالثة : إذا أوصى بعبد بعينه لرجل وبنصفه لآخر وهو يخرج من ثلثه أو لايخرج وأجازت الورثة كان العبد بينهما أرباعا عند أبي حنيفة وعندهما أثلاثا .

مطلب مايقسم بطريق العول عنده و بطريق المنازعة عندهما خمس مسائل

وأماما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة فخمس مسائل :

منها : ما ذكره فى المأذون : عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد المولين مائة يعني باعه شيئا بنسيئة وأدانه أجنبي مائة فبيع العبد بمائة . عند أبي حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى المدين وبين الأجنبي أثلاثا ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى ، لأن إدانته تصح فى نصيب شريكه لا فى نصيبه .

والثانية : إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين وبيع العبد . عند أبي حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثا . وعندهما أرباعا .

والثالثة : عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما يخير مولى العبد بين الدفع والفداء فإن هذا المولى يفدى بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف لشريكه العافى وعشرة آلاف لولى الخطأ فإن دفع يقسم العبد بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة وعندهما أرباعا .

والرابعة : لو كان الجاني مدبرا والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة .

والخامسة : مسألة الكتاب : أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب سعت فى ثلاثة أرباع قيمتها كان للساكت من وليي الأجنبي ربع القيمة ، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثا عند أبي حنيفة . وعندهما أرباعا بطريق المنازعة .

والأصل لأبي يوسف ومحمد أن الحقين متى ثبتا على الشيوع فى وقت واحد كانت القسمة عولية وإن ثبتا على وجه التمييز أو فى وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية ، والمعنى فيه أن القياس يأبى القسمة بطريق العول ، لأن تفسير العول أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف المال والآخر بالكل والمال الواحد لا يكون له كل ونصف آخر ، ولهذا قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما : من شاء باهلته ، إن الله تعالى لم يجعل فى المال الواحد ثلثين ونصفا ولا نصفين وثلثا ، وإنما تركنا القياس فى الميراث باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيلحق به ما كان فى معناه ، وفى الميراث حقوق الكل ثبتت على وجه الشيوع فى وقت واحد وهو حالة الموت ، وفى التركة إذا اجتمعت حقوق متفاوتة حق أرباب الديون وثبت فى وقت واحد وهو حالة الموت

. . . .

أو المرض فكانت فى معنى الميراث ، وكذلك فى الوصايا وفى العبد والمدبر إذا فقأ عين إنسان وقتل آخر خطأ حق أصحاب الجناية ثبت فى وقت واحد وهو وقت دفع العبد الجانى أو قيمة المدبر لأن موجب جناية الخطأ لا يملك قبل الدفع ولهذا لايجب فيه الزكاة قبل القبض ولا تصح به الكفالة ، وإنما يملك التسليم ووقت الدفع واحد . وفى مسألة دعوى الدار الحق إنما يثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد فكانت فى معنى الميراث ، وفى مسألة بيع الفضولى وقت ثبوت الحقين مختلف لأن الملك ثبت عند الإجازة مستندا إلى وقت العقد ووقت العقد مختلف . وفى القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف . أما فى مسألة الإدانة فلأن الحق ثبت بالإدانة ووقت الإدانة مختلف .

وفى العبد إذا قتل رجلا عمدا وآخر خطأ وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما واختار المولى دفع العبد أوكان الجانى مدبرا والمسألة بحالها فدفع المولى القيمة عندهما يقسم بطريق المنازعة لأن وقت ثبوت الحقين مختلف ، لأن حق الساكت من ولى الدم كان فى القصاص لأنه مثل والمال بدل عن القصاص ووجوب البدل مضاف إلى سبب الأصل وهو القتل فكان وقت ثبوت حقه القتل وحق ولى الخطأ فى القيمة ، إذ العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله لأنه صلة معنى والصلات لا تملك قبل القبض فكان وقت الحقين مختلفا فلم يكن فى معنى الميراث وكانت القسمتين نزاعية .

وفى جناية أم الولد وجوب الدية للذى لم يعف مضاف إلى القتل لما قلنا والقتلان وجدا فى وقتين مختلفين فكانت القسمة نزاعية عندهما .

والأصل لأبى حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق ثابت فى الذمة أو بحق ثبت فى العين على وجه الشيوع فى البعض دون الكل كانت القسمة عولية ، ومتى وجب قسمة العين بحق ثبت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما فى البعض الشائع وحق الآخر فى الكل كانت القسمة نزاعية . والمعنى فيه أن الحقوق متى وجبت فى الذمة فقد استوت فى القوة لأن الذمة متسعة فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه فى العين ، وكذا إذا كان حق كل واحد فى العين لكن فى الجزء الشائع فقد استوت فى القوة ، لأن مامن جزء ثبت فيه حق أحدهما إلا وللآخر أن يزاحمه فكانت الحقوق مستوية فى القوة . والأصل فى قسمة العول الميراث كما قالا وثمة حق كل واحد منهما ثبت فى البعض الشائع . وإذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن فى معنى الميراث ، وكذا إذا كان حق أحدهما فى البعض الشائع وحق الآخر فى الكل لم يكن فى معنى الميراث ، لأن صاحب الكل يزاحم صاحب البعض فى كل شىء أما صاحب البعض فلا يزاحم صاحب الكل فلم يكن فى معنى الميراث ولأن حق كل واحد منهما إذا كان فى البعض الشائع وما يأخذ كل واحد منهما بحكم القسمة غير مقرر وأنه غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه لا أصل حقه فيكون فى معنى الميراث والتركة التى اجتمعت فيها الديون .

وفى مسائل القسمة إنما وجبت بحق ثابت فى الذمة لأن حق كل واحد منهما فى موجب الجناية وموجب الجناية يكون فى الذمة فكانت القسمة فيها عولية ، فعلى هذا تخرج المسائل . هذا إذا لم يكن لها ولد من المولى ، فإن كان لها ولد من المولى يرثه فلا قصاص عليها بدم المولى لأن الولد لايستوجب القصاص على والديه ، ولهذا لو قتلت المرأة ولدها لايجب عليها القصاص لأن الوالدة سبب لوجوده فلا يستحق قتلها ، ولهذا لايباح له قتل واحد من أبويه وإن كان حربيا أو مرتدا أو زانيا محصنا . فإذا سقط حق ولدها سقط حق الباقى وانقلب الكل مالا ، لأن

والأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت فى عين أو ذمة

القصاص تعذر استيفاؤه لالمعنى من جهة القاتل بل حكما من جهة الشرع فانقلب الكل مالا بخلاف ماتقدم ، لأن ثمة العافى أسقط حق نفسه فلا ينقلب نصيبه مالا .

فإن قيل : إذا لم تكن هذه الجناية موجبة للقصاص عليها بدم المولى ينبغى أن تكون هدرا كما لو قتلته خطأ قلنا الجناية وقعت موجبة للقصاص لأنه يجب للمقتول والمولى يستوجب القصاص على مملوكه ، وإنما سقط القصاص ضرورة الانتقال إلى الوارث وهى حرة وقت الانتقال فتنقلب مالا وتلزمها القيمة دون الدية اعتبارا بحالة القتل .

هذا كمن قتل رجلا عمدا وابن القاتل وارث المقتول كان لابن المقتول الدية على والده القاتل كذلك هنا ، ولورثة الأجنبى القصاص كما كان لأن حقهما يمتاز عن حق ورثة المولى فكان لهما القصاص، إن شاءا أخرا حتى يؤدى القيمة إلى ورثة المولى ، وإن شاءا عجلا القتل ، لأنهما لو أخرا إلى أن يؤدى السعاية ربما لايؤدى مخافة القتل فيبطل حقهما فكان لهما التعجيل . فإن عفا أحد ولى الأجنبى وجب للساكت منهما نصف القيمة أيضا . وجنايات أم الولد وإن كثرت لاتوجب إلا قيمة واحدة فصارت القيمة مشتركة بين ورثة المولى ووارث الأجنبى .

ثم عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه تقسم قيمتها بينهما أثلاثا وعندهما أرباعا لما ذكرنا ، فإن كانت سعت فى قيمتها لورثة المولى ثم عفا أحد ولى الأجنبى ، إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضى لاسبيل لوارث الأجنبى عليها لأن الواجب عليها قيمة واحدة وقد أدت بقضاء القاضى فتفرغ ذمتها ويتبع وارث الأجنبى ورثة المولى ويشاركهم فى تلك القيمة لأنهم أخذوا قيمة مشتركة ، وإن دفعت بغير قضاء عندهما كذلك . وعند أبى حنيفة وارث الأجنبى بالخيار . إن شاء يرجع على ورثة المولى ، وإن شاء يرجع على أم الولد .

لهما أنها فعلت عين مايفعله القاضى لو رفع الأمر إليه فيستوى فيه القضاء وعدمه كالرجوع فى الهبة لما كان فسخا بقضاء لو حصل بتراضيهما يكون فسخا .

ولأبى حنيفة أن موجب الجناية فى الذمة ، فإذا أدت فقد نقلت من الذمة إلى العين فيظهر أثر الانتقال فى حق الكل إن كان بقضاء ولا يظهر إذا كان بغير قضاء فكان له الخيار ، إن شاء رضى بدفعها ويتبع ورثة المولى . وإن شاء لم يرض ويرجع عليها بحقه وهو ثلث القيمة عند أبى حنيفة وترجع هى على ورثة المولى ، هذا إذا دفعت القيمة إلى ورثة المولى ثم عفا ولى الأجنبى ، فإن عفا أحد ولى الأجنبى ثم دفعت القيمة قال بعضهم : إن كان الدفع بغير قضاء يتخير وارث الأجنبى عندهم ، وإن كان بقضاء عند أبى حنيفة يتخير . وعندهما لايتخير . والصحيح أن هنا يتخير عند الكل سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء لأن قضاء القاضى بدفع الكل إلى ورثة المولى بعد تعلق حق الأجنبى وثبوته لايصح ، بخلاف الوصى إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضى حيث لايضمن لأن للقاضى أن يضع مال الميت حيث شاء ، أما هنا فبخلافه ، وإذا لم يصح قضاء القاضى فلأن لايصح فعلها بغير قضاء أولى (قوله والأصل عنده) أى عند أبى حنيفة أن القسمة أى قسمة العين (قوله فى عين أو ذمة) أى بحق ثابت فى ذمة الأولى زيادة فى البعض ، بأن يقول أو لأحدهما فى البعض شائعا أى أو وجبت القسمة لأحدها الخ ، أو أن يقول فى ذمة أو عين شائعا لأنه لايعقل التبعيض فى الذمة . والأولى أن يقول شائعا فى البعض دون الكل . وعبارة البحر : والأصل لأبى حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق

شائعا فعولية ، أو مميزا أو لأحدهما شائعا وللآخر فى الكل فمنازعة. وعندهما متى ثبتا معا على الشيوع فعولية وإلا فمنازعة فليحفظ ، ولو (الدار فى أيهما فهى للثانى) نصف لا بالقضاء ونصف به لأنه خارج؛ ولو فى يد ثلاثة وادعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول ،وبيانه فى الكافى .

ثابت الخ كما قدمناها قريبا (قوله شائعا) أى على وجه الشيوع فى بعض دون الكل (قوله فعولية) أى كانت القسمة عولية (قوله أو مميزا) أى ومتى وجب قسمة العين بحق ثابت على وجه التمييز دون الشيوع (قوله أو لأحدهما) أى كان حق لأحدهما فى البعض شائعا (قوله وللآخر فى الكل) أى وحق الآخر فى الكل (قوله فمنازعة) أى كانت القسمة نزاعية ، وقدمنا الحاصل على قول الإمام فلا تنسه (قوله وإلا) أى بأن ثبتا فى وقتين مختلفين أو على وجه التمييز فمنازعة ؛ فحقوق الكل فى الميراث ثبتت على وجه الشيوع فى وقت واحد وهو وقت الموت فتقسم بطريق العول . وكذا التركة إذا اجتمعت فيها ديون متفاوتة فإن حقهم يثبت فى وقت واحد وهو حالة الموت أو المرض فكانت فى معنى الميراث وكذلك الوصايا ؛ وفى العبد والمدبر إلى آخر ماقدمناه عن البحر فلا تنسه (قوله فهى للثانى) وهو مدعى الكل (قوله نصف لا بالقضاء) لأن دعوى مدعى النصف منصرفة إلى مابيده لتكون يده محقة فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة فيبقى مافى يده لا على وجه القضاء إذ لاقضاء بدون الدعوى ؛ واجتمع بينة الخارج وذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج ، وسيأتى بيانه فى المقولة الثانية موضحا (قوله ونصف به) لأنه خارج ، يعنى دعوى مدعى النصف منصرفة إلى مابيده لتكون يده محقة ولا يدعى شيئا مما فى يد صاحبه فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة فيبقى مافى يده لا على وجه القضاء إذ لاقضاء بدون الدعوى . وأما مدعى الكل فإنه يدعى مافى يد نفسه ومافى يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما فى يده فيترك مافى يده لا على وجه القضاء ؛ وقد اجتمعت بينة الخارج وذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فكانت بينته أولى فتقدم لأنه خارج فيه فيقضى له فى ذلك النصف ، فسلم له كل الدار نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء كما فى العينى (قوله وآخر ثلثها) الأولى ثلثيها كما سيتضح فى المقولة الآتية (قوله وبيانه فى الكافى) هذه المسألة فى المجمع وشرحه لابن ملك حيث قال : ولو ادعى أحد ثلاثة فى يدهم داركلها والآخر ثلثيها والآخر نصفها وبرهن كل على ما ادعاه ؛ فلنفرض اسم مدعى الكل كاملا ومدعى الثلثين ليثا ومدعى النصف نصرا فهى مقسومة بينهم . عند أبى حنيفة بالمنازعة من أربعة وعشرين لكامل خمسة عشر وهى خمسة أثمان الدار وربعها لليث وثمنها لنصر .

بيانه أنا نجعل الدار ستة لاحتياجنا إلى النصف والثلثين ، وأقل مخرجهما ستة فى يدكل منهم سهمان ، ومعلوم أن بينة كل منهم على مافى يده غير مقبولة لكونه ذا يد وإن بينة الخارج أولى فى الملك المطلق ، فاجتمع كامل وليث على مافى يد نصر فكامل يدعى كله وليث نصفه وذلك لأنه يقول حقى فى الثلثين ثلث فى يدى وبقى لى ثلث آخر نصفه فى يدكامل ونصفه فى يد نصر فسلم لكامل نصف مافى يده وهوسهم بلانزاع والنصف الآخر وهو سهم بينهما نصفان فيضرب مخرج النصف وهو اثنان فى ستة فصارت اثنى عشر ، ثم كامل ونصر اجتمعا على مافى يد ليث وهو أربعة فكامل يدعى كله ونصر ربعه لأنه يقول حقى فى النصف ستة وقد أخذت الثلث أربعة وبقى لى سدس من الدار وهو سهمان سهم فى يد الليث وسهم فى يدكامل وثلاثة من الأربعة سلمت لكامل وتنازعا فى سهم فيضرب مخرج النصف فى اثنى عشر فصارت الدار أربعة وعشرين فى يدكل منهم ثمانية ، اجتمع كامل وليث على الثمانية التى فى يد نصر فأربعة سلمت لكامل بلا نزاع لأن ليثا يدعى الثلثين

(ولو برهنا على نتاج دابة) فى أيديهما أو أحدهما أو غيرهما (وأرّخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) بشهادة الظاهر (فلو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد .

وهو ستة عشر ثمانية منها فى يده وأربعة فى يد نصر وأربعة فى يد كامل والأربعة بين كامل وليث نصفين لاستوائهما فى المنازعة فحصل لكامل ستة ولليث سهمان ثم اجتمع كامل ونصر على مافى يد ليث فنصر يدعى ربع مافى يده وهو سهمان فسلمت ستة لكامل واستوت منازعتهما فى سهمين فصار لكل واحد منهم سهم فحصل لكامل سبعة ولنصر سهم ، ثم اجتمع ليث ونصر على مافى يد كامل فليث يدعى نصف مافى يده أربعة ونصر يدعى ربع مافى يده سهمين وفى المال سعة فيأخذ ليث أربعة ونصر سهمين فيبقى مافى يد كامل سهمان فحصل لكامل مما فى يد نصر ستة ومما فى يد ليث سبعة ومما فى يده سهمان فجميعه خمسة عشر ، وللثانى ستة وهى ربع الدار لأنه حصل له مما فى يد نصر سهمان ومما فى يد كامل أربعة فذاك ستة ؛ وللثالث وهو نصر ثلاثة وهى ثمن الدار لأنه حصل له مما فى يد ليث سهم ومما فى يد كامل سهمان وذا ثلاثة .

وبالاختصار تكون المسألة من ثمانية : خمسة أثمانها لكامل وربعها سهمان لليث وثمنها واحد لنصر وهذا قول الإمام . وقالا بالعول تقسم .

وبيانه أن الدار بينهم أثلاثا الكامل والليث اجتمعا على مافى يد نصر فكامل يدعى كله وليث نصفه فنأخذ أقل عدد له نصف وهو اثنان فيضرب الكامل بكله سهمين وليث بنصفه سهما فعالت إلى ثلاثة ، ثم الكامل والنصر اجتمعا على مافى يد ليث والكامل يدعى كله ونصر ربعه ومخرج الربع أربعة فيضرب بربعه سهم وكامل بكله أربعة فعالت إلى خمسة ، ثم ليث ونصر اجتمعا على مافى يد كامل فليث يدعى نصف مافى يده ونصر يدعى ربعه والنصف والربع يخرجان من أربعة فنجعل مافى يده أربعة لأن فى المال سعة فنصفه سهمان لليث وربعه سهم لنصر وبقى ربع لكامل فحصل هنا ثلاثة وخمسة وأربعة وانكسر حساب الدار على هذا وهى متباينة فضربنا الثلاثة فى الأربعة فصارت اثنى عشر ضربناها فى خمسة صارت ستين ضربناها فى أصل المسألة ثلاثة بلغت مائة وثمانين فى يد كل واحد ستون فلكامل مائة وثلاثة لأن ربع مافى يده وهو الخمسة عشر سلم له وأخذ من نصر ثلثى مافى يده وهو أربعون ومن ليث أربعة أخماسه وهى ثمانية وأربعون فصار المجموع مائة وثلاثة ولليث خمسون لأن ليثا أخذ نصف مافى يد كامل وهو ثلاثون وثلث فى يد نصر وهو عشرون وللثالث وهو نصر سبعة وعشرون لأنه أخذ خمس مافى يد ليث وهو اثنا عشر وربع مافى يد كامل وهو خمسة عشر اه حلبى بتصرف وهذا كله اعتبار وتقدير ط وذكره فى غرر الأفكار فراجعه (قوله ولو برهنا الخ) يتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت فى ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى فى ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين بحر عن الخلاصة ، وقدمناه وقدمنا عنه أيضا أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا الخ فتأمل (قوله تاريخه) أى تاريخ البينة ، وإنما ذكر الضمير بتأويل البرهان حموى (قوله بشهادة الظاهر) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك، وفى الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها منح ، ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الدابة فى أيديهما أو فى يد أحدهما أو فى يد ثالث لأن المعنى لا يختلف ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى فى النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذى اليد كما صرح به المصنف إن كانت بيد أحدهما أو لهما إن كانت فى أيديهما أو فى يد ثالث زيلعى (قوله قضى بها لذى اليد) لأن ذا اليد مقدم على الخارج فى دعوى النتاج . قال فى الأشباه : هكذا أطلق أصحاب المتون .

ولهما إن فى أيديهما أو فى يد ثالث ، وإن لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما إن كانت فى أيديهما أو كانا خارجين ، فإن فى يد أحدهما قضى بها له) هو الأصح .

قلت : وهذا أولى مما وقع فى الكنز

قلت : إلا مسألتين : الأولى لو كان النزاع فى عبد فقال الخارج إنه ولد فى ملكى وأعتقته وبرهن وقال ذو اليد ولد فى ملكى فقط قدم على ذى اليد أى لأن بينته أكثر إثباتا ، بخلاف مالو قال الخارج كاتبته أو دبرته فانه لا يقدم ، لكن فى الأشباه أيضا الشهادة بحرية العبد بدون دعواه لاتقبل عند الإمام إلا فى مسألتين إلى أن قال : والصحيح عنده اشتراط دعواه فى العارضة والأصلية ، ولا تسمع دعوى الإعتاق من غير العبد إلا فى مسألة الخ .

وفى فتاوى الحانوتى جوابا عن سؤال حيث اعترف العبد بالعبودية لسيده بانقياده للبيع يكون عبدا له وسواء كان هناك بينة أم لا ، ولا عبرة بقول المنازع إنه حر الأصل مع عدم دعوى العبد لذلك ، لأن حرية العبد لاتثبت إلا بعد دعواه ، ولا تجوز فيها دعوى الحسبة ، بخلاف الأمة لأنها شهادة بحرمة الفرج إلى آخر ماقال .

الثانية : لو قال الخارج ولد فى ملكى من أمتى هذه وهو ابنى قدم على ذى اليد اه . وقدمنا أنه إنما يقضى بالنتاج لذى اليد فيما إذا ادعى كل منهما النتاج فقط ، أما لو ادعى الخارج الفعل على ذى اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتا لإثباتها الفعل على ذى اليد كما فى البحر عن الزيلعى ، ونقله فى نور العين عن الذخيرة على خلاف مافى المبسوط وقال : الظاهر أن مافى الذخيرة هو الأصح والأرجح ، لما فى الخلاصة من كتاب الولاء لخواهر زاده أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذواليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بينة الخارج أولى ، وإنما تترجح بينة ذى اليد على النتاج إذا لم يدع الخارج فعلا على ذى اليد ، أما لو ادعى فعلا كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت الفعل عليه اه ، ولا تنس ما قدمناه عند قول الشارح فى رواية : قال ظ : والظاهر أن حكم موافقتهما لسنها أنه يحكم بها لذى اليد (قوله ولهما أن فى أيديهما) لأن أحدهما ليس أولى من الآخر (قوله وإن لم يوافقهما بأن خالف أو أشكل) أى فلو خالف السن تاريخهما كان كما لو لم يؤرخا ، وكذا إذا أشكل وقد تقدم أنه يحكم لذى اليد (قوله فلهما إن الخ) لعدم ترجيح أحدهما (قوله قضى بها له) لأنه لما أشكل أى أو خالف سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا (قوله هو الأصح) مقابله ما فى الهداية ، إذا خالف سنها الوقتين بطلت البينتان لظهور كذب الفريقين فتترك فى يد من كانت فى يده (قوله وهذا أولى مما وقع فى الكنز) أى ماذكر المصنف بقوله وإن لم يوافقهما لعمومه أولى مما فى الكنز وما عطف عليه من تعبيره بقوله وإن أشكل .

أقول : قد ذكره المصنف فى شرح المنح تبعا للبحر حيث قال : وإن لم يوافقهما يشمل ما إذا أشكل سنها بأن لم يعلم وما إذا خالف سنها تاريخهما فإنها تكون لهما على الأصح .

قال الرملى ، الأولى من هذا التعبير وإن خالفها أو أشكل فلهما . على أن لنا أن لا نسلم عدم شمول ما فى الكنز وشمول ما عبر به ، إذ الإشكال الالتباس . وفى الصورتين التباس الأمر على الحاكم وعدم موافقتهما غير عدم العلم أصلا لأنه للعلم بالمخالفة كما قرره الشراح فكيف يدخل فيه عدم العلم بشىء لأنه مع عدم العلم يحتمل الموافقة والمخالفة .

والصور ثلاثة : إما عدم الموافقة لهما وهو المخالفة ، بأن تحقق مخالفته للتاريخين ، وإما الموافقة لأحدهما

والدرر والملتقى فتبصر .

(برهن أحد الخارجين على الغصب) من زيد (والآخر على الوديعة) منه (استويا) لأنها بالجحد تصير غصبا .

فقط والمخالفة للآخر ، وإما عدم معرفة شيء وهي لا تدخل في صورة المخالفة التي هي عدم الموافقة فلم يشملها قوله وإن لم يوافقهما على أن الظاهر أن اختيار صاحب الكنز في صورة المخالفة بطلان البينتين والترك في يد ذي اليد كما أفصح عنه في الكافي ، فخص صورة الإشكال ليحترز به عن صورة المخالفة ، فتنبه لكلام هذا العالم النحرير يظهر لك منه حسن التعبير اهـ .

ثم الظاهر أن مراد صاحب البحر والمنح من قوله وإن لم يوافقهما أي لم تظهر موافقة السن للتاريخين فشمل الصورتين لكنه تأويل ، فلذا قال العلامة الرملي : الأولى من هذا التعبير ولم يقل الصواب تأمل (قوله في الكنز والدرر والملتقى) حيث قال وإن أشكل فلهما ، لأن قوله وإن لم يوافقهما أعم من قول الكنز ، وكذا قول الكنز فلهما مقيد بما إذا لم يكن في يد أحدهما .

وعبارة الملتقى والغرر : وإن أشكل فلهما ، وإن خالفهما بطل . قال الشارح في شرح الملتقى : فيقضى لذي اليد قضاء ترك كذا اختاره في الهداية والكافي .

قلت : لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ اهـ .

قلت : نقل الشرنبلالي عن كافي الحاكم أن الأول هو الصحيح للتيقن بكذب البينتين فيترك في يد ذي اليد ، وقال : ومحصله اختلاف التصحيح اهـ . قال المولى عبد الحليم ، بل اللائق على المصنف أن يقول هكذا : وإن أشكل أو خالف الوقتين فلهما إن لم يكن في يد أحدهما فقط وإلا فلا .

واعلم أن سن الدابة لو خالف الوقتين ففيه روايتان : في رواية يقضى لهما ، وفي رواية تبطل البينتان صرح به الإمام قاضيخان في فتاواه من غير ترجيح إحداهما على الأخرى ، وبطلانهما رواية أبي الليث الخوارزمي . واختاره الحاكم الشهيد حيث قال وهو الصحيح ، وتبعه صاحب الهداية ومن تابعه ، والقضاء بينهما ظاهر الرواية ، اختاره في المبسوط حيث قال وهو الأصح ، وتبعه الزيلعي ومن تابعه . وقد اختلف التصحيح والرجحان لظاهر الرواية وقد سبق غير مرة ، هذا زبدة ما في الشروح والفتاوى ، فظهر أن المصنف اختار ما هو الأرجح اهـ (قوله برهن أحد الخارجين) على المدعى عليه وهو زيد (قوله من زيد) هكذا وقع في النسخ وصوابه على الغصب من يده أي من يد أحد الخارجين . قال الزيلعي والمنح : معناه إذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب منه والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفين ، لأن الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان مدنى ، والظاهر أنه أراد على الغصب الناشيء من زيد فزيد هو الغاصب ، فمن ليست صلة الغصب بل ابتدائية تأمل (قوله والآخر) أي برهن الآخر (قوله على الوديعة منه) أي قال الآخر هو مالي أودعته من زيد وزيد ينكر ذلك (قوله استويا) أي الخارجان في الدعوى ، لأنه لو كان كما يدعي الثاني وديعة من زيد صارت غصبا حيث جحدها المودع ، ولهذا قال الشارح لأنها : أي الوديعة بالجحد تصير غصبا حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع إلى الوفاق بالإقرار حتى يرد إلى صاحبه ، بخلاف ما إذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد إلى الوفاق كما في الحموي ، فمن في قوله من زيد للابتداء ، وفي قوله منه صلة الوديعة لأنها تتعدى بمن ، وإنما احتاج إليها في الأول لأن الغصب محلى بأل في عبارة المصنف فلم يمكنه إضافته

إلى زيد ، وحينئذ فما نقله بعض الأفاضل عن عزمى زاده من أن هذا التصوير سهو والأولى إسقاطه فيه ما فيه فراجعه (قوله الناس أحرار) لأن الدار دار الحرية أو لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كانا حرين (قوله الشهادة) أى فلا يكتفى فيها بظاهر الحرية بل يسأل عنه إذا طعن الخصم بالرق ، أما إذا لم يطعن فلا يسأل كما فى التبيين ، لأن الحرية تثبت بطريق الظهور والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يستحق المدعى إلزام المدعى عليه إلا باثبات حرية شهوده ، وكذا لا يستحق الشاهد استحقاق الولاية على المشهود عليه ونفاذ شهادته عليه إلا بذلك فإن قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لم يقبل قولهما بالنسبة إلى قبول شهادتهما حتى يأتيا بالبينة على ذلك وإلا فهما مصدقان فى قولهما إنا أحرار لم نملك قط بحسب الظاهر .

وفى أبى السعود على الأشباه تفسيره فى الشهادة : إذا شهد شاهدان لرجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان وإنى لا أقبل شهادتهما حتى أعلم أنهما حران .

وتفسيره فى الحد : إذا قذف إنسانا ثم زعم القاذف أن المقذوف عبد فإنه لا يحد القاذف حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة . وفى القصاص إذا قطع يد إنسان وزعم القاطع أن المقطوع يده عبد فإنه لا يقضى بالقصاص حتى يثبت حريته . وفى الدية إذا قتل إنسانا خطأ وزعمت العاقلة أنه عبد فإنه لا يقضى عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حريته .

وفى البيرى : لو كان المدعى به حدا أو قصاصا سأل القاضى عنهم طعن الخصم أولا بالإجماع اه لأن فى القذف أى مثلا إلزام الحد على القاذف ، وفى القصاص إيجاب العقوبة على القاطع ، وفى القتل خطأ إيجاب الدية على العاقلة ، وذلك لا يجوز إلا باعتبار حرية الشاهد ، فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشىء من ذلك ط .

مطلب الأصل فى الناس الفقر والرشد والأمانة والعدالة وإنما على القاضى

أن يسأل عن الشهود سرا وعلنا

قال الحموى : وقد سئل شيخ مشايخنا الشيخ عبد الغنى العبادى : هل الأصل فى الناس الرشد أو السفه ، وهل الأصل فى الناس الفقر أو الغنى ، وهل الأصل فى الناس الأمانة أو الخيانة ، وهل الأصل فى الناس الجرح أو التعديل ؟ فأجاب : الأصل الرشد والفقر والأمانة والعدالة ، وإنما على القاضى أن يسأل عن الشهود سرا وعلنا لأن القضاء مبنى على الحجة وهى شهادة العدل فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان ، والله تعالى أعلم . وفى قوله صون قضائه عن البطلان نظر فتدبره اه .

ووجهه أنه إذا قضى بشهادة الفاسق يصح قضاؤه .

مطلب منع السلطان عن نصرة قضاته عن الحكم بشهادة الشهود

إلا بعد التزكية سرا وعلانية

لكن فى زماننا قد تكرر أمر السلطان نصره الله تعالى فى منع قضاته فى سائر مملكته أن يحكموا بعد الشهادة بدون تزكية السر والعلانية فافهم (قوله والحدود) فلو أنكر القاذف حرية المقذوف لا يحد حتى يثبت حريته لأنه لا يستحق عليه الحد إلا بالحرية ، والظاهر لا يكفى للاستحقاق ولأن الحدود تدرأ بالشبهات فيحتاط

والقصاص والقتل) كذا فى نسخة المصنف وفى نسخة : والعقل . وعبارة الأشباه والدية ، وحينئذ (فلو ادعى على مجهول الحال) أحر أم لا (أنه عبده فأنكر وقال : أنا حر الأصل فالقول له) لتمسكه بالأصل (واللابس) للثوب (أحق من آخذ الكم والراكب) أحق (من آخذ اللجام ، ومن فى السرج من رديفه ، وذو حملها ممن علق كوزه بها) لأنه أكثر تصرفا .

(والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه

فى إثباتها ، ولاتنس ماقدمناه عن البيرى (قوله والقصاص) أى فى الأطراف ، فلو أنكر القاطع حرية المقطوع لايقطع حتى يثبت حريته ، لأنه لايستحق عليه القطع إلا بالحرية إذ لاقصاص بين طرفى حر وعبد لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال (قوله والقتل) أى خطأ فلا تثبت الدية على العاقلة حتى تثبت حرية القاتل لأنه يريد استحقاق العقل عليه فلا يثبت بظاهر الحرية ، ولذا وقع فى نسخة العقل : يعنى لايثبت العقل إلا بعد ثبوت الحرية ، وهو معنى عبارة الأشباه من قوله والدية (قوله وفى نسخة والعقل) هو فى معنى الأول ، يعنى لايثبت العقل إلا بعد ثبوت الحرية ، ولو قال فى الحرية وعدمها لكان أوضح (قوله وعبارة الأشباه والدية) الثلاث بمعنى واحد فى المآل (قوله أحر أم لا) بيان لوجه جهالة حاله . ولو قال فى الحرية وعدمها لكان أوضح (قوله لتمسكه بالأصل) أى وهو دافع ، وظاهر الحال يكفى للدفع عينى (قوله واللابس للثوب الخ) شروع فى مسائل يصدق فيها واضع اليد بلا برهان ، وهل يصدق بيمينه ، ينظر ، ويأتى حكمه فى التنبيه الآتى ط ، وإنما كان اللابس أحق لأن تصرفه أظهر لا قتضائه الملك فكان صاحب يدوالآخذخارجاوذواليد أولى، بخلاف ما إذا أقام آخذ الكم البينة حيث يكون أولى والعلة المذكورة تجرى فيما بعد . قال العلامة قاسم : فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق ، حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له شرنبلالية (قوله ومن فى السرج) أى أولى من رديفه ، لأن تمكنه فى ذلك الموضع دليل على تقدم يده . قال الشرنبلالى : نقل الناطفى هذه الرواية عن النوادر ، وفى ظاهر الرواية هى بينهما نصفين ، بخلاف ما إذا كانا راكبين فى السرج فإنها بينهما قولا واحدا كما فى العناية : ويؤخذ منه اشتراكهما إذا لم تكن مسرجة اه .

أقول : لكن فى الهداية والملتقى مثل ما فى المتن فتنبه ، وما فى الهداية وهو على رواية النوادر ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر ماسك بلجامها قالوا ينبغى أن يكون الماسك أولى (قوله ممن علق كوزه بها) احترز بذكر الكوز عما لو كان له بعض حملها ، فلو كان لأحدهما من" وللآخر مائة من" كانت بينهما شرنبلالية عن التبيين . والحمل : بكسر الحاء مايحمل على ظهر أو رأس حموى (قوله لأنه أكثر تصرفا) علة لجميع المسائل.

أقول : لكن فيه أنه لا يعتبر الأكثر تصرفا كمسألة المن" والمائة من" ، والأولى أن يعلق بأنه لا يعد متصرفا عرفا كمسألة الهرادى الآتية تأمل (قوله والجالس على البساط والمتعلق به سواء) لأن الجلوس ليس بيد عليه ، لأن اليد تثبت بكونه فى بيته أو بنقله من موضعه ، بخلاف الركوب واللبس حيث يكون بهما غاصبا لثبوت يده ولا يصير غاصبا بالجلوس على البساط كما فى الدرر ، لكن ينبغى أن يكون القاعد أحق من المتعلق تأمل .

وعبارة الدرر : وينصف البساط بين جالسه والمتعلق به بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء الخ .

وفى النهاية : يقضى بينهما .

واعترض عليه بأن بين الكلامين تدافعا وأجيب بأن المنفى قضاء الاستحقاق لا قضاء الترك .

واعترض على هذا الجواب بأن قضاء الترك يقتضى ثبوت اليد على ماصرحوا به فى مسألة التنازع فى الحائط .

وأجيب بأن قضاء الترك يتحقق فى المنقول من غير ثبوت اليد المعتبرة شرعا بثبوت اليد ظاهرا فإن القاضى علم

وراكبي سرج (كمن معه ثوب وطرفه مع آخر لاهدبته) أي طرته الغير منسوجة لأنها ليست بثوب (بخلاف جالسي دار تنازعا فيها) حيث لا يقضى لهما لاحتمال أنها في يد غيرهما ، وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما عيني . (الحائط لمن جذوعه عليه

حسا وعيانا أن هذا البساط ليس في يد غيرهما فقضى بينهما لانعدام مدع غيرهما عيانا باليد أو بالملك هذا (قوله وراكبي سرج) أي فينصف بينهما أي في الصورتين (قوله وطرفه مع آخر) فيتنصف بينهما لأن يد كل منهما ثابتة فيه وإن كان يد أحدهما في الأكثر فلا يرجح به ، لما مر أنه لا ترجيح بالأكثرية درر أي كما في مسألة كثرة شهود أحد المدعيين ، هذا كله إذا لم يقم البينة فإذا أقاما البينة فبينة الخارج أولى من بينة ذى اليد كما مر (قوله لاهدبته) ويقال له بالتركى سجق ويستعمل هذا اللفظ الآن في بلادنا (قوله الغير منسوجة) الأولى أن يقول المنسوجة بالألف واللام لأن غير بمنزلة اسم الفاعل لا يضاف إلا لما فيه أل أو ما أضيف إلى ما فيه أل كالضارب رأس الجاني ط (قوله لأنها ليست بثوب) فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم الآخر (قوله بخلاف جالسي دار) كذا قال في العناية .

ويخالفه ما في البدائع : لو ادعيا دارا وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن ، وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهي له ، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعا فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف اه .

أقول : لكن الذي يفهم من التعليل ومما تقدم قريبا أنه لا يقضى لهما في مسألة كون أحدهما داخلا فيها والآخر خارجا عنها تأمل .

[تنبيه] قال في البدائع : كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعى في يده يجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب ، فإن حلف برىء ، وإن نكل قضى عليه به اه شرنبلالية (قوله حيث لا يقضى لهما) لا بطريق الترك ولا بغيره لأن الجلوس لايدل على الملك اه درر (قوله وهنا) أي في الجلوس على البساط إذا كانا جالسين عليه . قال في الزيلعي : وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما ، بخلاف ما إذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها في يد غيرهما ، وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما اه .

مطلب مسائل الحيطان

(قوله الحائط لمن جذوعه عليه) جمع جذع بالجيم والذال المعجمة للنخلة وغيرها ، والمراد الأخشاب التي ترص على الجدران لأجل تركيب السقف عليها ، وذلك لأنه في يد صاحب الجذوع لأن يده يد استعمال والحائط ما بني إلا له فوضعه علامة ملكه ، ولو كان لكل منهما عليه ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما في أصل العلة ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن تبلغ ثلاثا ، وإنما شرطت الثلاثة لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له ، ولو كان عليه جذوع لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة عند أبي حنيفة استحسانا . والقياس أن يكون بينهما نصفين ، وهو مروى عنه ، ولو كان لأحدهما جذع واحد ولا شيء للآخر قيل هما سواء ، وقيل صاحب الجذع أولى عيني .

وفي الفتاوى الخيرية من فصل الحيطان : فلو كان لكل جذع مشترك ، فلو اختلفا وأقيمت البينة عمل بها وينظر في وضع الآخر ، فإن كان قديما يترك على قدمه إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان للظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي .

مطلب حد القديم مالا يحفظ الأقران وراءه

وحد القديم أن لا يحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان فيجعل أقصى الوقت الذى يحفظه الأقران حد القديم ، وإن كان حادثا يؤمر برفعه ، وإن سقط ليس له إعادته بغير رضا مالكه ، لأنه إن كان بإذنه فهو معير وللمعير أن يرجع متى شاء ، وإن كان بغير إذنه فهو غاصب . وإذا اختلفا فى الحدوث ، فإن ثبت بالبينة أمر برفعه وإزالته عن ملك الغير شرعا ، وإن لم يثبت بالبينة لا يهدم ، وتمامه فيه .

والحاصل أن الحائط تارة يثبت بالبينة والبرهان وتارة بغيرها ، فإن أقام أحد الخصمين البينة قضى له ، ولو أقاما البينة قضى لهما قضاء الترك ، حتى لو أقام الآخر البينة قضي له كما فى الفيض . وأما ما يثبت بغيرها فقال فى المنتقى : الأيدى فى الحائط على ثلاث مراتب : اتصال تربيع ، واتصال ملازقة ومجاورة ، ووضع جذوع ومحاذاة ، فأولاهم صاحب التربيع ، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع ، فإن لم يوجد فصاحب اتصال الملازقة .

بيانه حائط بين دارين يدعيانه ، فإن كان متصلا ببناء أحدهما دون الآخر فصاحب الإتصال أولى ، وإن كان متصلا ببنائهما اتصال تربيع أو ملازقة فهو بينهما ، وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر اتصال ملازقة فلصاحب التربيع أو للآخر عليه جذوع ، فالحائط لصاحب الاتصال ، ولصاحب الجذوع موضع جذوعه . وروى الطحاوى أن الكل لصاحب التربيع ، وإن لأحدهما اتصال ملازقة وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى ، وسيأتى قريبا بأوضح من هذا .

أقول : ذكر الحنابلة فى كتبهم أن المعتبر فى التربيع أساس الحائط دون اللبن وهو حسن وكأنه لما يحصل له من التغير ، وظاهر نصوص أئمتنا الإطلاق كما ترى ، وكأنهم لم يعتبروا هذا لأنه عارض ويدرك عروضه ، نعم لو كان التربيع فى الأساس دون اللبن فالظاهر أن العبرة للأساس لأنه أقوى لما يعرض للبن من الإصلاح هذا ولو كان لأحدهما التربيع فى الأساس وللآخر فى اللبن فالظاهر أنه لصاحب تربيع الأساس ولم أره .

ثم قال صاحب المنتقى : وإذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا من جانب واحد يقع فيه الترجيح وهو الصحيح ذكره الطحاوى : وذكر الكرخى أنه لا يقع به الترجيح ما لم يكن موصولا طرفاه بالحائطين .

قلت : وظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع كما فى الفيض وغيره ، لكن قالوا : الأظهر ما قاله الطحاوى وعليه مشى فى الخلاصة والبزازية وغيرهما من المعتمدات كالهندية والمحيط والخانية وغيرها .

ثم ذكر أيضا : حائط بين دارين يدعيه صاحب أحدهما ولم يكن متصلا ببناء أحدهما ، فإن كان لأحدهما عليه جذوع فهو أولى ، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شىء للآخر ، قيل هو بينهما ، وقيل لصاحب الجذع ، وإن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما ولا عبرة لكثرة الجذوع لأحدهما أى بعد الثلاثة .

أقول : بعد ماكان(١) لأحد الشريكين ثلاثة جذوع وللآخر أكثر لا يترجح بها ، ولكن فى العمادية ما نصه : وإن كان جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى بطبقة وتنازعا فى الحائط فإن لصاحب الأسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الأعلى اه .

فالذى يظهر من كلام العمادية أن محل وجود الخشب على الحائط لكل موجب للاشتراك إذا لم يكن خشب

---

(١) قوله (بعد ماكان) كذا بالأصل ، ولعله : بعد مالوكان الخ فيقول القول ولكن الخ اه مصححه .

أحدهما أعلى وخشب الآخر أسفل ، أما إذا كان كذلك وتنازعا فى الحائط فهو لصاحب الأسفل ولا ترفع جذوع الآخر ، وأنت خبير بأن هذا مقيد لكلامهم ، ولكن لا تظهر ثمرة ذلك إلا فى التصرف فى الحائط وعمارته فافهم .

ثم قال صاحب المنتقى : وإن كان لأحدهما ثلاثة وللآخر واحد فهو لصاحب الثلاثة إلاموضع الجذع الواحد وهو الأصح ، وما بين الجذوع قيل يكون بينهما نصفين ، وقيل يكون على أحدعشر جزءا ، وإن كان الحائط طويلا وكل واحد منهما منفرد ببعض الحائط فى الاتصال ووضع الجذوع قضى لكل واحد بما يوازى ساحته من الحائط وما بينهما من القضاء يقضى بكونه بينهما نصفين . لكل واحدمنهما بوار وهو القصب فهو بينهما .

لأحدهما عليه جذوع وللآخر عليه بوار يقضى به لصاحب الجذوع ولكن لا يؤمر برفع البوارى .

لأحدهما خشب عليه وللآخر عليه حائط سترة فالحائط الأسفل لصاحب الخشب ولصاحب السترة سترته ، ولو تنازعا فى الحائط والسترة جميعا فهما لصاحب الخشب اهـ ما فى المنتقى .

وقال برهان الدين الكركى فى الفيض : حائط ادعاه رجلان وغلق الباب إلى أحدهما يقضى بالحائط والباب بينهما نصفين عند أبى حنيفة ، وعندهما الحائط بينهما والباب للذى الغلق إليه ، وأجمعوا أنه إذا كان للباب غلقان فى كل جانب واحد فهو بينهما .

وذكر فيه أيضا : رجلان ادعيا حائطا وليس الحائط متصلا ببناء أحدهما وليس لأحدهما جذوع أو غيرها يقضى به بينهما ، وإن كانت لأحدهما هرادى أو بوار فكذلك ، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شىء للآخر أو له عليه هرادى لم يذكر فى الكتاب . قال بعضهم : لا يترجح بجذع واحد . وقد روى عن محمد : يقضى له ، ولو كان لأحدهما عليه خشبة وللآخر عليه عشر خشبات يقضى به لصاحب العشرة وللآخر موضع جذعه . والصحيح أن الحائط لصاحب الجذوع ولا ينزع جذع الآخر .

أقول : أى لأن الملك الثابت بكثرة الجذوع ههنا ثابت بنوع الاستظهار فهو صالح للدفع لا لإبطال حق صاحب الجذع ، بخلاف ما لو أقام صاحب الجذوع البينة كان الحائط له البتة فإنه يرفع جذع الآخر كما بينه صاحب الذخيرة ، وسيأتيك بأوضح من هذا . وعن أبى يوسف أن الحائط بينهما على أحد عشر سهما .

ولو كان لأحدهما عليه جذعان وللآخر عشرة اختلف المشايخ فيه . قال بعضهم : جذعان بمنزلة جذع واحد وقال بعضهم بمنزلة الثلاثة ، ولو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر عشرة فهو بينهما ، وكذا لو كان لأحدهما خمسة وللآخر عشرة فهو بينهما نصفين وقيل أثلاثا .

تنازعا فى خص أو حائط بين داريهما ولا بينة والقمط : أى الحبل الذى يشد به الخص والوجه أى وجه الحائط أو الطاقات أو أنصاف اللبن إلى أحدهما . قال أبو حنيفة : هو بينهما إذ الإنسان كما يجعل المذكور إلى جانبه فى ملكه الخاص يجعله إلى جانبه فى المشترك أيضا إذا تولى العمل فلا يصلح حجة . وقالا : هو لمن المذكور إلى جانبه إذ الظاهر يشهد له ، لأن الإنسان يزين وجه داره إلى نفسه لا إلى جاره ، وكذا القمط لأنه وقت العقد يقوم على سطحه فيجعل القمط إليه .

زاد فى الهندية : هذا إذا جعل وجه البناء حين بنى . وأما إذا جعل الوجه بعد البناء بالنقش والتطيين

أو متصل به اتصال تربيع) بأن تتداخل أنصاف لبناته في لبنات الآخر ، ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى لدلالته على أنهما بنيا معا ولذا سمي بذلك لأنه حينئذ يبنى مربعا (لا لمن له) اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو (هرادي) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين) لو تنازعا ، ولا يخص به صاحب الهرادي

فلا يستحق به الحائط في قولهم جميعا ، كذا في غاية البيان شرح الهداية (قوله أو متصل به) الأوضح أن يقول أو هو متصل ببنانه اتصال تربيع (قوله بأن تتداخل أنصاف لبناته) أي مثلا فدخل الآجر والحجر .

واختلف في صفة اتصال التربيع ، فقال الكرخي : صفته أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا يشبه القبة ، فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد . والمروي عن أبي يوسف أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي ، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه .

وعبارة الكافي : هو أن يكون أحد طرفي الآخر في هذا الحائط والطرف الآخر في الحائط الآخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتا على الكل ، وهو عين ما روى عن أبي يوسف ، ومعنى التربيع فيما قال الكرخي أظهر .

وفي الهندية : وذكر الطحاوي : إن كان متصلا بحائط واحد يقع به الترجيح . قالوا : والصحيح رواية الطحاوي اهـ وعزاه إلى محيط السرخسي (قوله ولو من خشب) عطف على محذوف تقديره إذا كان الحائط من لبن ولو من خشب الخ (قوله لدلالة) هذه علة لكون صاحب اتصال التربيع أولى (قوله على أنهما) أي الحائط المتنازع فيه والحائطين المتصلين به (قوله ولذا سمي بذلك) أي لكونهما بنيا معا سمي باتصال التربيع قد علمت تفسير اتصال التربيع على قول الكرخي وهو ظاهر وتسميته به على قول أبي يوسف باعتبار التربيع في حائطيه باللبنات (قوله يبنى مربعا) هذا إنما يظهر على قول الكرخي (قوله لا لمن له اتصال ملازقة) بأن يكون الحائط المتنازع فيه ملازقا لحائط أحدهما من غير إدخال فيه (قوله أو نقب وإدخال) وهذا فيما لو كان من خشب : أي بأن نقب وأدخلت الخشبة فيه ، وهذا محترز قوله في حائط الخشب ، بأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى .

قال البدر العيني : وإذا كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركبا على الآخر . وأما إذا نقب وأدخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنيا معا اهـ ومثله فيما يظهر النقب في جدار نحو اللبن (قوله أو هرادي) جمع هردية : قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قصبات الكرم كذا في ديوان الأدب وصحح فيها الحاء والهاء جميعا ، وأنكر الهاء صاحب الصحاح ، والرواية في الأصل والكافي للشهيد بالحاء . وفي الجامع الصغير وشرح الكافي بالهاء لا غير شلبي في الحاشية ملخصا . وفي المنح : هي خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب . وفي الوافي : هي جمع هردى بكسر الهاء وسكون الزاء وفتح الدال المهملتين وقصر الألف . وفي منهوات العزمية : الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة . والهرادى بفتح الهاء وكسر الدال : نوع من النبت ، وقيل قصب يوضع فوق الحائط فهي كالزرب أو المكعب ، ومثل الهرادى البوارى ، وهي والبوري والبورية والبورياء والباري والبارياء والبارية : الحصير المنسوج ، وإلى بيعه ينسب الحسن بن الربيع البواري شيخ البخاري

بل صاحب الجذع الواحد أحق منه خانية ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذا لاتصال وللآخر حق الوضع وقيل لذى الجذوع ملتقى وتمامه فى العينى وغيره .

ومسلم كما فى القاموس (قوله بل صاحب الجذع الواحد الخ) قال فى غاية البيان : والثلاث هى المعتبرة ، حتى لو كان لأحدهما ذلك وللآخر أكثر لااعتبار له . فالحائط بينهما ، ولو كان لأحدهما جذع أو اثنان وللآخر ثلاثة أو أكثر فهو له ، وأما لصاحب مادون الثلاثة فموضع جذوعه : يعنى ماتحته فى رواية ، وله حق الوضع فى رواية اه .

وفى نور العين : ولو لأحدهما جذع واحد وللآخر هرادى أو لاشىء له لم يذكره محمد فى ظاهر الرواية ، وقد قيل لايقضى به له إذ الحائط لايبنى لوضع جذع واحد . وعن محمد إنه لرب الجذع ، إذ له مع اليد نوع استعمال ، إذ وضعه استعمال حتى قضى لرب الجذع فيكون واحدها استعمالا للحائط بقدره وليس للآخر ذلك وقد يبنى الحائط لوضع جذع واحد لو كان البيت صغيرا ، وهذا كله لو لم يتصل الحائط ببنائهما ، فلو اتصل اتصال تربيع أو ملازقة فيقضى به نصفين بينهما إذا استويا اه .

وفى الزيلعى : وإن كان لأحدهما جذع واحد ولا شىء للآخر اختلف المشايخ فيه ، فقيل هما سواء لأن الواحد لايعتد به ، وقيل صاحب الجذع أولى لأن الحائط قد يبنى لجذع واحد ، وإن كان ذلك غير غالب قال فى شرح الملتقى للداماد : والهرادى غير معتبرة وكذا البوارى لأنه لم يكن استعمالا وضعا إذ الحائط لايبنى لها بل للتسقيف وهو لايمكن على الهرادى والبوارى كما فى الدرر انتهى : وفيه : ولا معتبر بكثرة الجذوع وقلتها بعد أن تبلغ ثلاثا لأن الترجيح بالقوة لا بالكثرة على مابينا ، واشترط أن يبلغ الثلاث لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لايحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له اه فتأمل (قوله وقيل لذى الجذوع) وصححه السرخسى ، وصحح الأول الجرجانى .

وقال فى المحيط : الأيدى على ثلاث مراتب : اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة فى الحائط سوى هذا ، فأولاهم صاحب التربيع ، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع ، فإن لم يوجد فصاحب المحاذاة اه .

قال فى الخلاصة : وإن كان كلا الاتصالين اتصال تربيع أو اتصال مجاورة يقضى بينهما ، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر ملازقة يقضى لصاحب التربيع ، وإن كان لأحدهما تربيع والآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى ، وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة ، ثم فى اتصال التربيع هل يكفى من جانب واحد ؟ فعلى رواية الطحاوى يكفى ، وهذا أظهر وإن كان فى ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ، ولو أقاما البينة قضى لهما ، ولو أقام أحدهما البينة قضى له اه وقدمنا نحوه (قوله وتمامه فى العينى وغيره) قال العلامة العينى : ولو كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما فى أصل العلة ، ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن تبلغ ثلاثة ، وإنما شرطت الثلاثة لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لايحصل بدون الثلاثة غالبا فصارت الثلاثة كالنصاب له ، ولو لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحسنه الإمام والقياس المناصفة وقد روى عنه أيضا ، ثم لصاحب الجذع الواحد أو الإثنين حق الوضع ، لأنا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع . أى الثلاثة فأكثر بالظاهر ، وهو يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ، فلا يؤمر بالقلع إلا إذا ثبت بالبينة أن الحائط لصاحب الجذوع فحينئذ يؤمر بالقلع اه وهل الحكم كذلك إذا أقر له به ؟ الظاهر نعم .

. . . .

قال فى جامع الفصولين برمز (جع) : جذوع أحدهما فى أحد النصفين وجذوع الآخر فى النصف فلكل منهما ماعليه جذوعه ، وما بين النصفين والجذوع أولى من السترة ، فالحائط لرب الجذوع ، وكذا السترة لو تنازعا فيها ، ولو توافقا أن السترة للآخر لاترفع كمن له سفل وتنازعا فى سقفه وما عليه فالكل لذى السفل ولو توافقا أن العلو للآخر لايرفع إلا إذا برهن اه أى لأنه هو المتنازع فيه ، فإذا برهن ذو السفل أن السقف له رفع ماهو موضوع عليه بغير حق فتأمل ، وإنما لم يرفع أولا قبل إقامة البينة لأن الظاهر أن وضعه بحق ولم يحكم له بالسفل لأن الظاهر يصلح للدفع لاللاستحقاق وهو لصاحب السفل كما هو صريح الخانية .

فإن قلت : ماالفرق بين ثبوته بالبينة حيث يرفع بها وبين ثبوته بظاهر اليد ولم يرفع : قلت : البينة كاسمها بينة ، وهى حجة متعدية فيلزم بها الرفع ، واليد حجة لصاحب الحال فصلحت للدفع لاللرفع فتأمل .

ومما يتصل بمسائل الحيطان مانقله فى الهندية : ولو كان لأحد المدعيين على الحائط المتنازع فيه أزج من لبن أو آجر : أى ضرب من الأبنية فهو بمنزلة السترة كذا فى فتاوى قاضيخان .

جذوع شاخصة إلى دار رجل ليس له أن يجعل عليها كنيفا إلا برضا صاحب الدار ، وليس لصاحب الدار قطعها إذا أمكنه البناء عليها ، وإن لم يمكن البناء عليها بأن كانت جذوعا صغارا أو جذعا واحدا ينظر ، إن كان قطعها يضر ببقية الجذوع ويضعفها لايملك القطع ، وإن لم يضربها يطالبه بالقطع ، ولو أراد صاحب الدار أن يعلق على أطراف هذه الجذوع شيئا ليس له ذلك كذا فى محيط السرخسى .

جدار بين اثنين لهما عليه حمولة غير أن حمولة أحدهما أثقل فالعمارة بينهما نصفين ، ولو كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه حمولة والجدار مشترك بينهما . قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : للآخر أن يضع عليه بمثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل ذلك ، ألا ترى أن أصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا فى كتاب الصلح لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه إن كان يحتمل ذلك ولم يذكروا أنه قديم أو حديث كذا فى الخلاصة فى كتاب الحيطان ، وإن لم يكن لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يضع عليه خشبا له ذلك وليس للآخر أن يمنعه ويقال له ضع أنت مثل ذلك إن شئت كذا فى الفصول العمادية .

لو كان لأحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فأراد أن يضع والجدار لايحتمل جذوع اثنين وهما مقران بأن الحائط مشترك بينهما ، يقال لصاحب الجذوع إن شئت فارفع ذلك عن الحائط لتستوى بصاحبك وإن شئت فحط عنه بقدر مايمكن لشريكك من الحمل كذا فى الخلاصة .

جدار بين رجلين لأحدهما عليه بناء فأراد أن يحول جذوعه إلى موضع آخر . قال : إن كان يحول من الأيمن إلى الأيسر أو من الأيسر إلى الأيمن ليس له ذلك ، وإن أراد أن يسفل الجذوع فلا بأس به ، وإن أراد أن يجعله أرفع مما كان لايكون له ذلك كذا فى فتاوى قاضيخان .

حائط بينهما وكان لكل واحد جذوع فالذى هو صاحب السفل أن يرفعها بحذاء صاحب الأعلى إن لم يضر بالحائط ، ولو أراد أحدهما أن ينزع جذوعه من الحائط له ذلك إن لم يكن فى نزعه ضرر بالحائط هكذا فى الفصول العمادية .

إذا كانت جذوع أحدهما مرتفعة وجذوع الآخر متسفلة فأراد أن ينقب الحائط لينزل فيه الخشب هل له ذلك ؟ قيل ليس له ذلك وكان أبو عبد الله الجرجانى يفتى بأن له ذلك وقيل ينظر ، إن كان ذلك مما يوجب

. . . .

فيه وهنا لم يكن له ذلك ، وإن كان مما لايدخل فيه وهنا فله ذلك كذا فى محيط السرخسى .

جدار بين رجلين أراد أحدهما أن يزيد فى البناء لايكون له ذلك إلا بإذن الشريك أضر الشريك ذلك أو لم يضر كذا فى فتاوى قاضيخان .

قال أبو القاسم : حائط بين رجلين انهدم جانب منه فظهر أنه ذو طاقين متلازقين فيريد أحدهما أن يرفع جداره ويزعم أن الجدار الباقى يكفيه للستر فيما بينهما قبل أن يتبين أنهما حائطان فكلا الحائطين بينهما ، وليس لأحدهما أن يحدث فى ذلك شيئا بغير إذن شريكه ، وإن أقرا أن كل حائط لصاحبه فلكل واحد منهما أن يحدث فيه ماأحب كذا فى الفتاوى الصغرى فى كتاب الحيطان .

جدار بين اثنين وهى وأراد أحدهما أن يصلحه وأبى الآخر ينبغى أن يقول له ارفع حمولتك بعمد لأنى أرفعه فى وقت كذا ويشهد على ذلك ، فإن فعل فبها ، وإن لم يفعل فله أن يرفع الجدار ، فإن سقطت حمولته لايضمن كذا فى الخلاصة .

وعن الشيخ الإمام أبى القاسم : جدار بين رجلين لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر شىء فمال الجدار إلى الذى لا حمولة فأشهد على صاحب الحمولة فلم يرفعه مع إمكان الرفع بعد الإشهاد حتى انهدم وأفسد شيئا قال : إذا ثبت الإشهاد وكان مخوفا وقت الإشهاد يضمن المشهود عليه نصف قيمة ما أفسد من سقوطه هكذا فى فتاوى قاضيخان .

قال أبو القاسم : حائط بين رجلين لأحدهما عليه غرفة ولآخر عليه سقف بيته فهدما الحائط من أسفله ورفعا أعلاه بالأساطين ثم اتفقا جميعا حتى بنيا فلما بلغ البناء موضع سقف هذا أبى صاحب السقف أن يبنى بعد ذلك لايجبر أن ينفق فيما جاوز ذلك كذا فى الصغرى .

رجل له ساباط أحد طرفى جذوع هذا الساباط على حائط دار رجل فتنازعا فى حق وضع الجذوع فقال صاحب الدار جذوعك على حائطى بغير حق فارفع جذوعك عنه وقال صاحب الساباط هذه الجذوع على حائطك بحق واجب ، ذكر صاحب كتاب الحيطان الشيخ الثقفى أن القاضى يأمره برفع جذوعه وقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى : وبه يفتى ، وإن تنازعا فى الحائط يقضى بالحائط لصاحب الدار فى ظاهر مذهب أصحابنا ، لأن الحائط متصل بملك صاحب الدار وبالاتصال تثبت اليد ، ولكن هذا إذا كان الاتصال اتصال تربيع ، أما إذا كان اتصال ملازقة فصاحب الساباط أولى ، هكذا فى المحيط فى كتاب الحيطان الكل من الهندية .

أقول : ثم التصرف فى الحائط المشترك بعد ثبوته شرعا قسمان : ممتنع إلا بإذن شريكه وهو مقتضى شركة الملك والقياس . وجائز لضرورة منفعة الاشتراك بغير إذن شريكه .

أما الممتنع فهو زيادة خشب على خشب شريكه أو اتخاذ ستر عليه أو فتح كوة أو باب ، وهو محل إطلاقهم الواقع فى بعض عباراتهم من أنه ليس له : أى الشريك أن يحدث فى الحائط المشترك حدثا بغير إذن شريكه أو يزيد عليه .

وأما الجائز بغير إذنه فله صور :

منها ماهو جائز بالاتفاق ، وهو ما إذا لم يكن عليه لواحد منهما خشب فأراد أحدهما أن يضع عليه خشبا له ذلك ولا يكون لصاحبه منعه ولكن يقال له ضع أنت مثل ذلك إن شئت .

ومنها ما هو جائز بالاتفاق أيضا ، وهو ما إذا كان له جذوع ولشريكه أكثر منها فله المساواة باتفاق كلماتهم كما ستطلع عليه قريبا إن شاء الله تعالى كذا قالوا .

وأقول : هذه المسألة ، وهي ما إذا كانت حمولته محدثة ينبغي أن تكون عين المسألة الأولى الجائزة بالإتفاق فتأمل .

ومنها ما هو مقيد على قول والراجح الإطلاق . وهي ما إذا كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر ذلك فأراد أن يحدث حمولة فالمرجح له أن يحدث إذا كان الحائط يحتمل ذلك . وقال بعضهم فى هذه الصورة : إن كانت حمولة صاحبه محدثة فله ذلك . وإن كانت قديمة فليس له ذلك . ثم فى هذه الصورة على الراجح قد صرحوا بأنه إن كان الحائط لا يحتمل حمولتين يؤمر الآخر برفع حمولته لتحصل التسوية مع صاحبه أو برفع البعض لتمكن شريكه من الحمل فهو كالمهايأة .

ومنها ما هو مقيد بعدم المضرة ، وهو ما إذا كان لهما عليه حمولة وحمولة أحدهما أسفل من حمولة الآخر فأراد هو أن يرفع حمولته ويضعها بإزاء حمولة صاحبه فله ذلك وليس لصاحبه منعه ، وكذا لو كانت حمولة أحدهما فى وسط الجدار وحمولة الآخر فى أعلاه فأراد أن يضع حمولته فى أعلى الجدار له ذلك إذا لم يدخل على الأعلى مضرة ، وكذا إذا أراد أن يسفل الجذوع ، وقيده بعضهم بما إذا(١) انهدم أو هدماه ، لأنه إذا يحصل ذلك يحصل مضرة ولابد ، والمدار فى أجناس هذا على عدم الضرر .

ومنها ما هو مختلف فيه وهو التعلى ، وهو أن يزيد فى أعلى الجدار فى هواء المشترك كان للآخر منعه لأنه تصرف فى شىء مشترك ، وهو المروى عن محمد ، وقيل لا يمنع .

أقول : والحاصل أن فى مسألة التعلى ثلاثة أقوال : أحدها له التعلى مطلقا . ثانيها له بما إذا لم يكن خارجا عن الرسم المعتاد . واعتمده ابن الشحنة والشرنبلالى . ثالثها المنع مطلقا ، واعتمده قاضيخان ، واقتصر عليه فى الخيرية فكان عليه الاعتماد ، وبالعمل به صدر الأمر السلطانى وجرى عليه فى المجلة فى مادة ألف ومائتين وعشرة .

قال فى الذخيرة : إذا كان الحائط بين رجلين وليس لواحد منهما فأراد أحدهما أن يضع عليه خشبا له ذلك ، ولا يكون لصاحبه أن يمنعه عن ذلك ولكن يقال : أنت ضع مثل ذلك إن شئت ، هكذا حكى الإمام النيسابورى ، وكان بين(٢) هذا وبين ما إذا كان لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يزيد عليه خشبا على خشب صاحبه وأراد أن يتخذ سترا أو يفتح كوة أو بابا حيث لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه وكان لصاحبه ولاية المنع . والفرق أن القياس أن لا يكون له ولاية وضع الخشب من غير إذن شريكه لأنه تصرف فى شىء مشترك إلا إذا تركنا القياس لضرورة أنا لو منعناه عن وضع الخشب من غير إذن شريكه ربما لا يأذن له شريكه فى ذلك فتتعطل عليه منفعة الحائط ، وهذه الصورة معدومة فى زيادة الخشب وفتح الكوة فيرد إلى القياس اه ومثله فى البزازية وغيرها من الكتب المعتبرة ، لكنه مقيد فى البزازية بما إذا كان الحائط يحتمل ذلك وهذا القيد لابد منه فى أمثال هذا . وعبارة الذخيرة أغفلته وقيدناه فيما أسلفناه لك فتنبه :

قال السرخسى فى الوجيز عن النوادر : حائط بين رجلين ولأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر أربع

---

(١) (قوله بما إذا) كذا بالأصل ، وليحرر .

(٢) (قوله وكان بين الخ) كذا بالأصل وليحرر اه مصححه .

فلصاحب الأربع أن يتم عشر خشبات مثل صاحبه وليس له الزيادة ، وإن كان لأحدهما عليه خشب ولا شيء للآخر عليه فأراد أن يحمل مثل خشب صاحبه، قيل له ذلك، وقيل ليس له ذلك اه . فانظر كيف نقل الخلاف فى الصورة الثانية ولم يحكه فى الأولى ، والفرق بينهما واضح كما ستقف عليه .

قال برهان الدين الكركى فى الفيض من كتاب الحيطان: حائط بين رجلين وكان لأحدهما عليه جذوع أكثر من جذوع الآخر فلصاحب القليل أن يزيد فى جذوعه حتى تكون مثل جذوع صاحبه اه .

وفى العمادية : ولو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه إذا كان الحائط يحتمل ذلك ولم يفصلوا بين القديم والحديث اه .

قال فى الخانية :ولو كان الحائط بين دارى رجلين كل واحد منهما يدعيه ولكل واحد منهما عليه جذوع يقضى بينهما نصفين هو المختار ، فإن كانت جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه حتى تكون مثل جذوع الآخر ، وهذا إذا كان الحائط يحتمل الزيادة ، فإن كان لا يحتمل ليس له أن يزيد اه .

قلت : وانظر إلى قوله وكل واحد يدعيه إلى قوله يقضى تجده صريحا فى أنه لا يلزم فى هذه الصورة أن يكون الحائط ثابتا بالبينة بينهماخلافا لمن وهم من أنها لا تثبت المساواة فى وضع الجذوع إلا إذا ثبت الحائط لهما بالبينة ، ومنشؤه أخذا من عبارة الذخيرة وذلك من عدم التأمل بها .

وحاصل عبارة الذخيرة أن الملك الثابت بنوع ظاهر كالاتصال والتربيع لايصلح لإبطال حق الآخر لأنا ههنالم نبطل حق الآخر بل قصدنا المساواة ، نعم هذا يظهر لمن ثبت له الحائط بالتربيع وكان لصاحبه جذوع فليس له أن يرفع جذوع الآخر إلا إذا ثبت الحائط بالبينة فله رفع جذوع الآخر كما ستراه فى عبارة الذخيرة هذا وقد اتفقت كلمتهم فى كتاب الصلح على أنه لوكان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه إن كان يحتمل .

ولما كانت هذه المسئلة اتفاقية قاس عليها الفقيه أبو الليث المسئلة الثالثة ، وهى ما إذا كان لأحدهما عليه جذوع وأراد الآخر أن يحدث جذوعا فرجح هو والحسام الشهيد وهما من أهل الترجيح جواز إحداث الجذوع أيضا مطلقاقديمة كانت الأولى أولا وإن كان بعضهم قد أبدى فرقا بين الحديثة والقديمة كما ستطلع عليه.

قال الحسام الشهيد فى الفتاوى الصغرى : ولو كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه حمولة ويريد الذى لاحمولة له أن يضع على هذا الجدار حمولة مثل حمولة شريكه ، إن كانت حمولته عليها محدثة فللآخر أن يضع عليه حمولة مثلها وإن كانت الحمولة التى له قديمة فليس للآخر أن يضع حمولة قال الفقيه أبو الليث: للآخر أن يضع عليه حمولة مثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل مثل ذلك مطلقا : أى سواء كانت حمولة صاحبه محدثة أو قديمة ، ألا ترى أن أصحابنا قالوا فى كتاب الصلح : لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه إن كان يحتمل ذلك ولم يشترطوا لا قديما ولا حديثا .

وقال أبو القاسم : فى حائط بين رجلين لأحدهما عليه جذوع فأراد الآخر أن ينصب عليه جذوعا فمنعه من ذلك صاحبه والجدار لا يحتمل ذلك : أى الحملين يقال لصاحب الجذوع : إن شئت فحط حملك لتستوى مع صاحبك ،وإن شئت فحط عنه مايمكن شريكك من الحمل، لأن البناء الذى عليه إن كان بغير رضا صاحبه فهو معتد ظالم ، وإن كان بإذن صاحبه فهو عارية ، ألا يرى أن دارا بين رجلين وأحدهما ساكنها فأراد الآخر أن يسكن معه والدار لا تسع لسكنهما فإنهما يتهايآن بها ، كذا هنا قال الفقيه أبو الليث : وروينا عن أبى بكر خلاف هذا ، وبقول أبى القاسم نأخذ .

. . . .

ووجه القائل بالمنع الفرق . لجواز أن يكون هذا مستحقا لأحدهما من أصل الملك وذلك حال القسمة بأن يقع الحائط بنصيب أحدهما ويكون للآخر عليه حق الخشب ، أما تلك المسئلة وهى مالو كان لكل واحد منهما عليه خشبات ففيها دل على أن التصرف فى الابتداء ثبت لهما فيثبت بعد ذلك لهما ، كذا فى شرح الوهبانية لابن الشحنة .

أقول . ومقتضى كلامه أن المسئلة الثانية اتفاقية فافهم .

والحاصل أن كلا الشريكين إذا لم يكن لهما عليه حمولة كان لكل واحد منها وضع حمولة بلا إذن شريكه اتفاقا وأن أحد الشريكين إذا كان له حمولة أنقص من حمولة صاحبه كان له المساواة اتفاقا أيضا ، وأن أحد الشركين إذا كان له حمولة والثانى لا حمولة له كان له أن يساوى مع صاحبه على ما رجحه أبو الليث والحسام الشهيد قياسا على المسئلة الاتفاقية كما تقدم . وأن أحد الشريكين إذا أراد أن يسفل الجذوع أو يعليها أو يتوسط بها للمساواة عند عدم الضرر له ذلك ، وأن أحد الشريكين إذا أراد أن يعلى بأن يزيد فى الجدار فى هواء مشترك لم يكن للآخر منعه . والمروى عن محمد له المنع ولذا قدمه ابن وهبان فى المنظومة بقوله :

وما لشريك أن يعلى حيطه وقيل التعلى جائز فيعمر

وعلى المنع مطلقا مشى فى الخانية فليكن هو المعول .

وفى الفصولين : ولو أراد أحدهما نزع جذوعه من الحائط فله ذلك لو لم يضر بالحائط . وفيه : انهدم حائط بينهما فبنى أحدهما فإنه على وجهين : إما عليه حمولة أولا .

والأحكام ثلاثة : أحدها طلب أحدهما قسمة عرصة الحائط وأبى الآخر . والثانى أراد أحدهما أن يبنى ابتداء بلا طلب القسمة وأبى الآخر . وثالثها لو بناه بلا إذن شريكه هل يرجع عليه بشىء .

أما الوجه الأول وهو عدم الحمولة عليه . فأما الحكم الأول وهو طلب القسمة وإباء الآخر فقد ذكر فى بعض المواضع مطلقا أنه لا يجبر . وبه نأخذ ص . أما لو لم تكن عرصة الحائط عريضة بحيث لو قسمت لا يصيب كلا منهما شىء يمكنه أن يبنى فيه فظاهر لتعنته فى طلب القسمة : وأما لو عريضة بحيث يصيب كلا منهما ما يمكن البناء فيه فلأن القاضى لو قسم يقرع بينهما . وربما يخرج فى قرعة كل منهما مايلى دار شريكه فلا ينتفع به فلا تقع القسمة مفيدة . وإليه أشار م فيما روى عنه هشام : انهدم حائط بينهما فقال أحدهما أقسم والآخر أبى قال لا أقسم بينهما إذ ربما يصيب كلا منهما مايلى دار شريكه . وبعض المشايخ قالوا : لو كان القاضى لا يرى القسمة إلا بإقراع لا يستقيم لما مر . وأما لو يراها بلا إقراع فيقسمه لو كانت العرصة عريضة على وجه مر ويجعل نصيب كل منهما مما يلى داره تتميما للمنفعة عليهما .

مطلب لو كانت عرصة الحائط عريضة تقسم بينهما ويعطى كلا من جهة داره بلا قرعة ويجبر الآبى به يفتى

وقال ص : لو عريضة فالقاضى يجبر الآبى على كل حال وبه يفتى ، إذ العرصة لو عريضة على وجه مر فطالب القسمة طلب بها تتميم المنفعة عليه فيجبر شريكه عليه كدار وأرض . س : يجبر الآبى على قسمة حائط بينهما وذكر الجبر بلا فصل بين العريضة وغيرها اه .

أقول : يؤخذ من هذا جواب حادثة الفتوى ، وهي دار لزيد ودار أخرى مشتركة بينه وبين عمرو أراد

. . . .

زيد قسمتها وأخذ حصته منها من جهة داره حيث لايمكن الاتصال إليها إلا من داره والدار قابلة للقسمة والمعادلة ممكنة فللقاضي قسمتها على هذا الوجه وإن لم يرض عمرو بذلك ، ولا تلزم القرعة فى هذا ، على أن القرعة ليست بواجبة على القاضي ، غاية مافى الباب أنهم قالوا : وينبغي أن يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ، ولا نقول إن ينبغي هنا بمعنى يجب لما أنهم صرحوا فى غير ماكتاب أنها مستحبة لاسيما وفيه رفع الضرر عن أحدهما وعدم الضرر بالآخر فتأمل وراجع .

وفى الفصولين : الحكم الثانى أراد أحدهما أن يبنى ابتداء بلا طلب القسمة وأبى الآخر ، فلو عرصة الحائط عريضة بحيث لو قسمت أصاب كل واحد منهما مايمكنه أن يبنى فيه حائطا لنفسه لايجبر على البناء فى ملك شريكه إلا إذا تضرر شريكه بتركه ولا ضرر هنا ، ولو غير عريضة فاختلف المشايخ ، قيل لايجبر ، وقيل يجبر وهو الأشبه إذ بتركه يتضرر شريكه بتعطيل منافع الحائط والبانى لايتضرر ببنائه إذ يحصل له بدل ماأنفق ، ومال إلى الثانى الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة ، الحكم الثالث لو بنى أحدهما بلا إذن شريكه هل يرجع على شريكه بشيء اختلف المشايخ فيه : قيل لايرجع مطلقا وهكذا ذكر فى كتاب الأقضية ، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى فى النوازل عن أصحابنا ، وقيل لو عريضة على مابينا لايرجع لأنه غير مضطر فيه ، وإن كانت غير عريضة يرجع . قلت : لأحدهما أن يمتنع من البناء إذ له أن يقاسم أرض الحائط نصفين ، ولو بنى أحدهما لايرجع على شريكه إذ ليس له أخذه بالبناء .

الوجه الثانى لو كان على الحائط حمولة بأن كان عليه جذوع فهو على وجهين : أحدهما وهو مالو كان لهما عليه جذوع وطلب أحدهما قسمة عرصة الحائط لايجبر شريكه عليها إلا عن تراض منهما ولو عريضة على مابينا إذ تعلق حق كل منهما بكل العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحائط ، فلو قسمت بلا رضا أحدهما يسقط حقه عما حصل لشريكه بلا رضاه وأنه لم يجز ، فإذا أراد أحدهما البناء وأبى الآخر قال ض : لايجبر لو عريضة وذكر شيخ الإسلام أنه لايجبر بلا تفصيل ذكر شح أنه يجبر من غير تفصيل وبه يفتى : إذ فى عدم الجبر تعطيل حق شريكه إذ له حق وضع الجذوع على جميع الحائط ، ولو بنى أحدهما بدون إذن شريكه ، قيل لو عريضة على مافسرنا لايرجع البانى ويكون متطوعا ، وكذا عن محمد وهو الصحيح إذ للثانى حق وضع الجذوع على جميع الحائط ولا يتوصل إليه إلا ببناء جميع الحائط فكان مضطرا فى البناء فلا تبرع كما لو غير عريضة فبناه أحدهما اه . وفى الهندية : هكذا ذكر الخصاف فى نفقاته ، وبعض مشايخنا قالوا لايكون متطوعا وإليه أشار فى كتاب الأقضية ، وهكذا روى عن ابن سماعة فى نوادره رحمه الله تعالى وهو الأصح هكذا فى المحيط .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : مر أن الفتوى على أن شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر وسيجيء تحقيقه فينبغى أن تكون الفتوى على أنه متبرع والله تعالى أعلم .

وإن كان بناه بإذنه ليس له أن يمنعه ، لكن يرجع عليه بنصف ماأنفق كذا فى فتاوى قاضيخان .

صل : انهدم حائطهما وعليه جذوع لأحدهما وطلب رب الجذوع البناء من شريكه لايجبر عليه ويقال لهما إن شئتما اقتسما أرض الحائط ، ولو شاء رب الجذوع البناء وأراد الآخر القسمة يقسم بينهما نصفين .

الوجه الثانى من هذا الوجه ؛ لو لأحدهما عليه حمولة وطلب هو القسمة وأبى الأخير يجبر الآبى لو عريضة كما مر وهو الصحيح وبه يفتى ، ولو أراد ذو الحمولة البناء وأبى الآخر فالصحيح أنه يجبر لما مر فيما لهما عليه

. . . .

حمولة ؛ ولو بنى ذو الحمولة فحكمه حكم مالهما عليه حمولة فالصحيح أنه يرجع لما مر ثمة أنه مضطر ، ولو بناه الآخر وعرصة الحائط عريضة كما مر فهو متبرع إذ لم يضر فى البناء إذ لا يجبر به حقا لنفسه ، ثم فى كل محل لم يكن البانى متبرعا كماله أو لهما عليه حمولة كان للبانى منع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو قيمة البناء على ما اختلفوا فيه على ما يأتى إن شاء الله تعالى ، فلو قال صاحبه أنا لا أتمتع بالبناء هل يرجع البانى ؟ قيل لايرجع ، وقيل يرجع .

شجى : رب العلو يرجع على رب السفل بقيمة السفل مبنيا لا بما أنفق .

فض : يرجع بما أنفق فى السفل ، وأما فى الحائط المشترك فيرجع بنصف ما أنفق .

واستحسن بعض المتأخرين فقالوا لو بنى بأمر القاضى يرجع بما أنفق ، ولو بنى بلا أمر القاضى رجع بقيمة البناء لأحدهما بناء وأبى جاره أن يبنى لايجبر . قال ت : هو القياس وهو قول علمائنا . وقال بعضهم لابد من بناء يكون سترا بينهما وبه نأخذ ، وإنما قال أصحابنا إنه لا يجبر لأنهم كانوا فى زمن الصلاح ، أما فى زماننا فلابد من حاجز بينهما .

جص : جدار بين كرمين لرجلين انهدم فاستعدى أحدهما على السلطان لما أبى شريكه أن يبنى فأمر السلطان بناء برضا المستعدى أن يبنيه على أن يأخذ الأجر منهما فله أخذه منهما .

وقال أبو بكر : انهدم جدار بينهما وأحدهما غائب فبناه الحاضر فى ملكه من خشب وبقى موضع الحائط على حاله ثم قدم الغائب فأراد أن يبنى على طرف الحائط مما يلى جاره ويجعل ساحة الحائط إلى ملكه ليس له ذلك ، ولو أراد أن يبنى حائطا غلظه كالأول أو يبنى أدق منه فى وسط الأس ويدع الفضل من أسه مما يلى ملكه له ذلك كذا فى جامع الفصولين ومثله فى نور العين .

لكن قال فى المندية : جدار بين رجلين انهدم وأحد الجارين غائب فبنى الحاضر فى ملكه جدارا من خشب وترك موضع الحائط على حاله فقدم الغائب فأراد أن يبنى الحائط فى الموضع القديم ومنعه الآخر . قال الفقيه أبو بكر : إن أراد الذى قدم أن يبنى على موضع طرف الحائط مما يليه جاز وإن جعل ساحة أس الحائط إلى جانب نفسه ليس له ذلك ، وإن أراد أن يبنى الحائط كما كان أو أدق منه ويترك الفضل من الجانبين سواء له ذلك كذا فى فتاوى قاضيخان فى الحيطان اه .

أقول : وهذا أشبه بالقواعد ، ولم يظهر لى ما نقله فى جامع الفصولين ، وتبعه فى نور العين .

وفى جامع الفصولين : وقال فى جدار بينهما ولكل منهما عليه حمولة فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ينبغى أن يقول مريد الإصلاح للآخر ارفع حمولتك باسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه فى وقت كذا ويشهد على ذلك فلو فعله وإلا فله رفع الجدار ، فلو سقط حمولته لم يضمن .

فض : حائط بينهما وهى وخيف سقوطه فأراد أحدهما نقضه وأبى الآخر يجبر على نقضه ، ولو هدما حائطا بينهما فأبى أحدهما عن بنائه يجبر ، ولو انهدم لا يجبر ولكنه يبنى الآخر فيمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضى ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضى انتهى .

أقول : قوله لايجبر صريح فى أنه ليس للآخر منعه من البناء لأن له غرضا فى وصوله إلى حقه ، فلا يقال هو تصرف فى المشترك فكان ينبغى أن لا يجوز بدون رضا الشريك .

وأقول : قيد بقوله وهى لأنه لو لم يكن كذلك لايملك هدمه وبناءه لأنه تصرف فى المشترك ولابد وأن

وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعديا

يكون معنى قوله ولكنه يبنى : أى بغير النقض المشترك ، أما به لا لأنه تصرف فى المشترك تأمل رملى .

وفى جامع الفصولين برمز ت : قال أبو بكر فى جدار بينهما وبيت أحدهما أسفل وبيت الآخر أعلى قدر ذراع أو ذراعين فانهدم فقال ذو الأعلى لذى الأسفل ابن لى حذاء أسى ثم نبنى جميعا ليس له ذلك بل يبنيانه جميعا من أسفله إلى أعلاه .

قال ت : ولو بيت أحدهما أسفل بأربعة أذرع أو نحوها قدر مايمكن أن يتخذ بيتا فإصلاحه على ذى الأسفل حتى ينتهى إلى محل البيت الآخر لأنه كحائطين سفل وعلو وقيل يبنيان الكل .

قال أبو القاسم : فى حائط بينهما عليه لأحدهما غرفة وللآخر سقف بيت فهدما الحائط من أسفله ورفعا أعلاه بأساطين ثم اتفقا حتى يبنيا فلما بلغ البناء موضع سقف هذا أبى رب السقف أن يبنى بعمده لا يجبر أن ينفق فيما جاوزه وقال : حائط بينهما انهدم جانب منه فظهر أنه ذو طاقين متلاصقين فأراد أحدهما رفع جداره وزعم أن الجدار الباقى يكفى للآخر سترة بينهما وزعم الآخر أن جداره لو بقى ذا طاق يهى وينهدم ، فلو سبق منهما إقرار أن الحائط بينهما قبل أن يتبين أنه حائطان فكلاهما بينهما ، وليس لأحدهما أن يحدث فى ذلك شيئا إلا بإذن الآخر ، ولو أقر أن كل حائط لصاحبه فلكل منهما أن يحدث فيه ما أحب قاضيخان .

حائط بين رجلين انهدم فبناه أحدهما عند غيبة شريكه . قال أبو القاسم : إن بناه بنقض الحائط الأول فهو متبرع ولايكون له أن يمنع شريكه من الحمل عليه ، وإن بناه بلبن أو خشب من قبل نفسه فليس للشريك أن يحمل على الحائط حتى يؤدى نصف قيمة الحائط .

أراد أحدهما نقض جدار مشترك وأبى الآخر فقال له صاحبه أنا أضمن لك كل شىء ينهدم لك من بيتك وضمن ثم نقض الجدار بإذن شريكه فانهدم من منزل المضمون له شىء لا يلزمه ضمان ذلك ، وهو بمنزلة مالو قال رجل لآخر ضمنت لك ما يهلك من مالك لا يلزمه شىء خلاصة .

حائط بين اثنين لهما عليه خشب فبنى أحدهما للبانى أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف البناء مبنيا .

وفى الأقضية : حائط بين اثنين أراد أحدهما نقضه وأبى الآخر ، لو بحال لايخاف سقوطه لا يجبر ، ولو يخاف فعن الفضلى أنه يجبر ، فإن هدما وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر لو أس الحائط عريضا يمكنه بناء حائطه فى نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك ، ولو لم يمكن يجبر وعليه الفتوى ، وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك فهو ينفق على العمارة ويرجع على الشريك بنصف ما أنفق لو أس الحائط لا يقبل القسمة .

وفى فتاوى الفضلى : ولو هدماه وأبى أحدهما عن البناء يجبر ، ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به مالم يستوف نصف ما أنفق فيه منه إن فعل ذلك بقضاء القاضى ، ولو بغير قضاء فنصف قيمة البناء ، وإن انهدم أو خيف وقوعه فهدم أحدهما لا يجبر الآخر على البناء . ولو كان الحائط صحيحا فهدمه أحدهما بإذن الآخر لا شك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراد الآخر البناء كما لو هدماه .

وعن ابن أبى سلمة لو لهما عليه حمولة وانهدم وأبى الآخر العمارة فبنى أحدهما يمنع الآخر من وضع الحمولة حتى يؤدى نصف ما أنفق ، وإن لم يكن عليه حمولة لا يجبر على العمارة ولا يرجع بشىء لأنه بمنزلة الستارة ، وهذا كله إذا أنفق فى العمارة بغير إذن صاحبه ، فلو بإذنه أو بأمر الحاكم يرجع عليه بنصف ما أنفق ، وفى البناء

فلا يسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع وإجارة أشباه ، من أحكام الساقط لا يعود فليحفظ .

(وذو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة (كذى بيوت) منها (فى حق ساحتها فهى بينهما نصفين) كالطريق

المشترك لو أحدها غائبا فهدم الآخر بإذن القاضى أو بلا إذنه لكن بنى بإذن القاضى فهو كإذن شريكه لو حاضرا فيرجع عليه بما أنفق لو حضر كذا فى نور العين .

أقول : أما قوله وإن لم يكن عليه حمولة لا يجبر الخ هذا على جواب المتقدمين. وأما على ما اختاره المتأخرون من أنه إذا كان له حرم فهو بمنزلة مالو كان له عليه حمولة فتأمل وراجع (قوله فلا يسقط بإبراء) أى عن رفع الجذوع ، لأن الإبراء لا يكون فى الأعيان بل عما فى الذمة (قوله ولا صلح) بشىء عن الوضع لجهالة مدة الوضع (قوله وبيع) أى إذا باع الواضع أو الموضوع على حائط داره فللمشترى حق المطالبة بالرفع . وذكر الحموى أن المراد بالبيع بيع الحائط الموضوع عليه الجذوع وإجارتها (قوله وإجارة) أى إذا آجر داره منه لاتسقط المطالبة بالرفع بالإجارة (قوله أشباه من أحكام الساقط لايعود) صوابه لايقبل الإسقاط من الحقوق وما لا يقبله وهو قبله ، ولذا قال ط : ولم أقف عليه ، وسيأتى للشارح فى العارية عن الأشباه : تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها ، وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع .

قلت : وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما ، وكذا قاضيخان من باب ما يدخل فى البيع تبعا من الفصل الأول ، ومثله فى الأشباه من العارية ، لكن فيه أن الشرط إذا كان لايقتضيه العقل لايلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لآخر من أهل الاستحقاق ولم يتعارف بين الناس يفسد البيع ، فلو كان متعارفا كبيع نعل على أنه يحذوه البائع فالبيع صحيح للعرف تأمل (قوله وذو بيت) يعنى إذا كان بيت من دار فيها بيوت كثيرة فى يد رجل والبيوت الباقية فى يد آخر (قوله فى حق ساحتها) بالحاء المهملة هى عرصة فى الدار أو بين يديها .

قال فى شرح الطحاوى : ولو كان العلو فى يد أحدهما والسفل فى يد آخر والساحة فى أيديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل منهما يدعى الجميع يترك السفل فى يد صاحبه والعلو كذلك والساحة لصاحب السفل ، ولصاحب العلو حق المرور فى رواية ، وفى رواية أخرى الساحة بينهما نصفان اه (قوله فهى بينهما نصفين) لأنهما استويا فى استعمال الساحة فى المرور ووضع الأمتعة وكسر الحطب ونحو ذلك ولم تكن فى يد أحدهما دون الآخر وهما فى ذلك سواء فتنصف بينهما كالطريق لأن الترجيح بالقوة لا بالكثرة .

قال العلامة أبو السعود : واعلم أن القسمة على الرؤوس : فى الساحة والشفعة وأجرة القسام والنوائب : أى الهوائية المأخوذة ظلما والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والحريق اه (قوله كالطريق) فإنه يستوى فيها صاحب البيت وصاحب المنزل وصاحب الدار إتقانى وصاحب بيت وصاحب بيوت .

قال فى القنية : الطريق يقسم على عدد الرؤوس : لا بقدر ساحة الأملاك إذا لم يعلم قدر الأنصباء ، وفى الشرب متى جهل قدر الأنصباء يقسم على قدر الأملاك لا الرؤوس اه .

واعترض بأن البيوت الكثيرة تجمع عادة جمعا كثيرا بالنسبة إلى البيت الواحد فيكون احتياجهم إلى نحو التوضى أكثر وقوعا فينبغى أن يرجح صاحبها ولا أقل أن يساوى .

أقول : المسألة من مسائل الجامع الصغير والمجتهد ليس بغافل عن مثل هذه الملاحظة ، فاللازم علينا أن نلاحظ وجه الاستنباط وذاهنا أنه ثبت فى أصولهم أن الترجيح لا يقع بكثرة العلل فتفرع عليه مسائل جمة : منها

(بخلاف الشرب) إذا تنازعا فيه (فإنه يقدر بالأرض) بقدر سقيها .

(برهنا) أى الخارجان (على يد) لكل منهما (فى أرض قضى بيدهما) فتنصف (ولو برهن عليه) أى على اليد (أحدهما أو كان تصرف فيها) بأن لبّن أو بنى (قضى بيده) لوجود تصرفه .

هذه المسألة ، ومنها مسألة أنه لا يرجح صاحب الجراحات على صاحب جراحة واحدة ، فإنه إذا مات المجروح يجب القصاص عليهما فى العمد والدية نصفين فى الخطإ حيث لم يعتبروا عدد الجراحات مع إمكان اعتبار تقسيم الدية عليها فكذا لم يعتبروا تعدد البيوت فى تقسيم الساحة عليها فضلا أن يرجح صاحبها ويحكم بكل الساحة له سوى حق المرور لصاحب البيت تدبر (قوله بخلاف الشرب) لأن الشرب يحتاج إليه لأجل سقى الأرض ، فعند كثرة الأراضى تكثر الحاجة إليه فيقدر بقدر الأراضى منح .

وفى الثالث عشر من البزازية : دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا فى الساحة أو ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان ولا يعتبر بفضل اليد ، كما لا اعتبار لفضل الشهود لبطلان الترجيح بكثرة الأدلة اهـ وبه علم أن ذلك حيث جهل أصل الملك ، أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن أولاد تقاسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت (قوله يقدر بالأرض بقدر سقيها) فعند كثرة الأراضى تكثر الحاجة إليه فيتقدر بقدر الأراضى ، بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور فى الطريق زيلعى (قوله برهنا أى الخارجان الخ) أى أن لكل يد فيها ، ولعل معناه أنها كانت فى أيديهما لأنهما فى حالة الدعوى خارجان . وعبارة الشارح هنا تبع فيها الدرر والمنح . وعبارة الزيلعى كغيرها تفيد أنهما ذو أيد .

وفى الفصولين خ : ادعى كل منهما أنه له وفى يده ، ذكر محمد فى الأصل أن على كل منهما البينة وإلا فاليمين إذ كل منهما مقر بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه ، فلو برهن أحدهما حكم له باليد ويصير مدعى عليه والآخر مدعيا ، ولو برهنا يجعل المدعى فى يدهما لتساويهما فى إثبات اليد ، وفى دعوى الملك فى العقار لا تسمع إلا على ذى اليد ، ودعوى اليد تقبل على غير ذى اليد لو نازعه ذلك الغير فى اليد فيجعل مدعيا لليد مقصودا ومدعيا للملك تبعا اهـ .

وفى الكفاية : وذكر التمرتاشى فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ماهى فى يده حلف كل واحد منهما ماهى فى يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا لم يقض باليد لهما وبرىء كل عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر الحال ، فإن نكلا قضى لكل بالنصف الذى فى يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان فى يد صاحبه بنكوله ، وإن كانت الدار فى يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة فى حق الثالث اهـ فعلم أن الخارجين قيد اتفاقى فالأولى حذفه (قوله قضى بيدهما فتنصف) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضى درر . وفيه إشارة إلى أن اليد لا تثبت فى العقار بالتصادق وكذا بالنكول عن اليمين لاحتمال أنها فى يد غيرهما ، وإن ادعيا أنها فى يد أحدهما فكذلك لأنهما يمكن أنهما تواضعا على ذلك ط : وأشار إلى أنه لو طلبا القسمة لم يقسم بينهما مالم يبرهنا على الملك ، قيل هذا بالاتفاق ، وقيل هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما يقسم بينهما كما فى الشروح (قوله بأن لبّن أو بنى) ولبن بتشديد الباء : أى ضرب فيها البنا وهو الطوب النىء ، بخلاف المشوى فإنه آجر (قوله قضى بيده لوجود تصرفه) لأن التمكن من هذه الأشياء دليل على أنها فى يده ، ومحل ذلك إذا لم

(ادعى الملك فى الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملكه تقبل) لأن ما ثبت فى زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل درر .

(صبى يعبر عن نفسه) أى يعقل ما يقول (قال أنا حر فالقول له) لأنه فى يد نفسه كالبالغ (فإن قال أنا عبد لفلان) لغير ذى اليد (قضى) به (لذى اليد) كمن لا يعبر عن نفسه لإقراره بعدم يده (فلو كبر وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرر أن التناقض فى دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى .

يقم الآخر برهانا كما لا يخفى زيلعى (قوله لأن ما ثبت فى زمان يحكم ببقائه) فشهادتهم تثبت الملك فى الحال والماضى (قوله فالقول له) فلا تقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند إنكاره إلا ببينة اهـ درر ، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد فى نفسه إبانة لمعنى الكرامة ، إذ كونه فى يد غيره دليل الإهانة ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافى بين اليدين حموى (قوله قضى به لذى اليد) لا يقال : الإقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبى . لأنا نقول لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض ، ولا نسلم أنه من المضار لإمكان التدارك بعده بدعوى الحرية . ولا يقال : الأصل فى الآدمى الحرية ، فلا تقبل الدعوى بلا بينة ، وكونه فى يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط إنه عبده وإن كان فى يده . لأنا نقول : إذا اعترض على الأصل دليل خلافه بطل وثبوت اليد دليل الملك ، ولا نسلم أن اللقيط إذا عبر عن نفسه وأقر بالرق بخلافه فى الحكم وإن لم يعبر فليس فى يد الملتقط من كل وجه لأنه أمين زيلعى ملخصا حموى (قوله كمن لا يعبر عن نفسه) مفهوم من يعبر (قوله لإقراره بعدم يده) حيث أقر على نفسه بالملك وثبتت رقيته بدعوى ذى اليد الخالية عن المعارض لا بإقراره فكان ملكا لمن فى يده كالقماش ومن لا يعبر بمنزلة المتاع فلا يقبل قوله أنا حر ، لكن هنا بعد أن صرح بأنه عبد فلان فيكون مقرا بما للغير فلا يسرى إقراره عليه أى على الغير ، بخلاف ما إذا لم يكن بيد أحد حيث يصح إقراره لأنه حينئذ فى يد نفسه تأمل (قوله لا يمنع صحة الدعوى) لاسيما وقد صدر الإقرار الأول حال عدم التكاليف .

[فروع] رحى ماء بينهما فى بيت لهما فخربت كلها حتى صارت صحراء لم يجبرا على العمارة وتقسم الأرض بينهما أى بطلبهما أو بطلب أحدهما ، ولو قائمة ببنائها وأدواتها إلا أنه ذهب شىء منها يجبر الشريك على أن يعمر مع الآخر ، ولو معسرا قيل لشريكه أنفق أنت لو شئت فيكون نصفه دينا على شريكك ، وكذا الحمام لو صار صحراء تقسم الأرض بينهما ، ولو تلف شىء منه يجبر الآبى على عمارته .

ن عن م : فى حمام بينهما انهدم بيت منه أو احتاج إلى قدر ومرمة وأبى أحدهما لا يجبر ويقال للآخر إن شئت فابنه أنت وخذ من غلته نفقتك ثم تستويان .

ط عن بعض المتأخرين : لو أبى أحدهما فالقاضى يخرج الحمام من أيديهما ويؤجره ثم يعمره فيأخذ نفقته من أجرته كذا فى جامع الفصولين .

وفى الخانية من باب الحيطان : دار بين رجلين انهدمت أو بيت بين رجلين انهدم فبناه أحدهما لا يرجع هو على شريكه بشىء لأن الدار تحتمل القسمة فإذا أمكنه أن يقسم يكون متبرعا فى البناء والبيت كذلك إذا كان كبيرا يحتمل القسمة وكذلك الحمام إذا خرب وصار ساحة وكذلك البئر أراد به إذا امتلأت من الحمأة فله أن يطالب شريكه بالبناء ، فإذا لم يطالبه وأصلحها وفرغها كان متبرعا اهـ ومفاد هذا أن الدار لو كانت صغيرة لا تمكن قسمتها أنه لا يكون متبرعا لأنه حينئذ يكون مضطرا إلى البناء ليتوصل إلى الانتفاع بملكه ، بخلاف

. . . .

ما إذا كانت كبيرة لأنه يمكنه أن يقسم حصته منها ثم يبني فى حصته فإذا بنى قبل القسمة لم يكن مضطرا فيكون متبرعا ولذا قيد الحمام بما إذا خرب وصار ساحة لأنه حينئذ تمكن قسمته فإذا لم يقسم يكون متبرعا ، لكن فى البئر ينبغى أن لا يكون متبرعا لكونه مما لا يقسم ، لكن أشار صاحب الخانية إلى الفرق بأن له أن يطالب شريكه بالبناء أى فيجبر شريكه عليه كما صرح به غيره .

مطلب الأصل أن ما اضطر إلى بنائه مما لا يقسم لا يكون متبرعا

وإذا أجبر لم يكن الآخر مضطرا فصار الأصل أن ما اضطر إلى بنائه بأن كان مما لا يقسم أو مما لا يجبر الشريك على بنائه فبناه أحدهما لم يكن متبرعا وإلا فهو متبرع ، لكن استشكل هذا فى جامع الفصولين بأن من له حمولة على حائط لو بنى الحائط يرجع لأنه مضطر إذ لا يتوصل إلى حقه إلا به مع أن الشريك يجبر أيضا كالبئر فينبغى أن يتحد حكمهما .

مطلب التبرع والرجوع دائر على الجبر وعدمه

ثم قال : والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لا يجبر صاحبه كما سيجىء ، فينبغى أن يدور التبرع والرجوع على الجبر وعدمه ، إلى أن قال : وهذا يخلصك من التحير مما وقع فى هذا الباب من الاضطراب ، ويرشدك إلى الصواب اهـ لكن عبارة الخلاصة التى ذكرها المؤلف تدل على أن للقاضى أن يأمره ببناء الدار ، فإن كان كذلك لم يكن مضطرا إلى البناء إذا أبى شريكه لأنه يمكنه استئذان القاضى . وقد يجاب بأن للقاضى ذلك إذا كان الشريك غائبا مثلا لأنه حينئذ لا يمكن طلب البناء منه ولا القسمة معه .

فالحاصل أنه إذا كانت الدار تحتمل القسمة ، فإن أذن له شريكه بنى وإلا قسمها جبرا عليه ثم بنى فى حصته ، فإن لم يمكن استئذانه يبنى بإذن القاضى ، وفيما عدا ذلك فهو متطوع

وذكر سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى كتاب القسمة من تنقيحه أن فى غير محتمل القسمة للطالب أن يبنى ثم يؤجر ثم يأخذ نصف ما أنفق فى البناء من الغلة .

وذكر هناك عن الأشباه أنه يرجع بما أنفق لو بنى بأمر قاض وإلا فبقيمة البناء وقت البناء اهـ ، وهذا هو المحرر كما قال فى الوهبانية ، لكن هذا التفصيل إنما ذكروه فى السفل إذا انهدم وعبارة الأشباه مطلقة . والذى يظهر الإطلاق إذ لا فرق يظهر ، فيجرى ذلك فى كل ما يضطر فيه أحدهما إلى البناء كالسفل والجدار والرحى والحمام والبيت والدار الصغيرة والله تعالى أعلم .

وفى الهندية : لو ادعى على آخر حق المرور ورقبة الطريق فى داره فالقول قول صاحب الدار ، ولو أقام المدعى البينة أنه كان يمر فى هذه الدار لم يستحق بهذا شيئا كذا فى الخلاصة ، ولو شهد الشهود أن له طريقا فى هذه الدار جازت شهادتهم وإن لم يحدوا الطريق وهو الصحيح كما فى الخانية والمحيط ، لكن فى المحيط عبر بالأصح إذا كان له باب مفتوح من داره على حائط فى زقاق أنكر أهل الزقاق أن يكون له حق المرور فى زقاقهم فلهم منعه إلا أن تقوم بينة على أن له طريقا ثابتا فيها كذا فى المحيط .

إذا كان الميزاب منصوبا إلى دار رجل واختلفا فى حق إجراء الماء وإسالته ، فإن كان فى حال عدم جريان الماء لا يستحق إجراء الماء وإسالته إلا ببينة هكذا فى محيط السرخسي ، وليس لصاحب الدار أيضا أن يقطع الميزاب كذا فى المحيط .

باب دعوى النسب

الدعوة نوعان: دعوة استيلاد وهو أن يكون أصل العلوق فى ملك المدعى. ودعوة تحرير، وهو بخلافه. والأول أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال وسيتضح.

(مبيعة ولدت لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه) البائع

وحكى الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنهم استحسنوا أن الميزاب إذا كان قديما وكان تصويب السطح إلى داره وعلم أن التصويب قديم وليس بمحدث أن يجعل له حق التسييل وإن اختلفا فى حال جريان الماء، قيل القول لصاحب الميزاب ويستحق إجراء الماء وقيل لا يستحق، فإن أقام البينة على أن له حق المسيل وبينوا أنه لماء المطر من هذا الميزاب فهو لماء المطر، وليس له أن يسيل ماء الاغتسال والوضوء فيه وإن بينوا أنه لماء الاغتسال والوضوء فهو كذلك، وليس له أن يسيل ماء المطر فيه، وإن قالوا له فيها حق مسيل ماء ولم يبينوا أنه لماء المطر أو غيره صح، والقول لرب الدار مع يمينه أنه لماء المطر أو لماء الوضوء والغسالة. وقال بعض مشايخنا: لا تقبل هذه الشهادة فى المسيل. وفى الطريق تقبل، كذا فى المحيط، ولو لم تكن للمدعى بينة أصلا استحلف صاحب الدار ويقضى فيه بالنكول كذا فى الحاوى.

رجل له قناة خالصة عليها أشجار لقوم أراد صاحب القناة أن يصرف قناته من هذا النهر ويحفر له موضعا آخر ليس له ذلك، ولو باع صاحب القناة القناة كان لصاحب الشجرة شفعة جوار، كذا فى الفصول العمادية فى الفصل الرابع والثلاثين اهـ، والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم.

باب دعوى النسب

حقه التقديم بالنظر إلى أنه دعوى الأنفس، إلا أن دعوى المال لما كانت كثيرة الوقوع والأنواع قدمها اهتماما. والدعوة إلى الطعام بالفتح، وفى النسب بالكسر، وقد يعكس وأما بالحرب فبالضم نهاية (قوله الدعوة نوعان) زاد أبو السعود ثالثة، وهى دعوى شبهة، وهى دعوة الأب ولد أمة ابنه فيثبت منه النسب وإن لم يصدقه ابنه بشرط أن تكون الأمة فى ملك ابنه من حين العلوق إلى حين الدعوة (قوله وهو أن يكون أصل العلوق فى ملك المدعى) أى حقيقة أو حكما، كما إذا وطئ جارية ابنه فولدت فادعاه فإنه يثبت ملكه فيها ويثبت عتق الولد ويضمن قيمتها لولده كما تقدم، وحينئذ فيكون النوع الثانى على قسمين دعوة الملك ودعوة شبهة الملك فتبقى الدعوة نوعين لا ثلاثة، لكن الإتقانى جعلها ثلاثة كما قدمناه عن أبى السعود (قوله وهو بخلافه) بأن لا يكون العلوق فى ملك المدعى (قوله واستنادها لوقت العلوق) عطف علة على معلول. قال فى الدرر: والأولى أولى لأنها أسبق لاستنادها حلبى. وأنث باعتبار المعنى (قوله مبيعة) ولو بيعا بخيار للبائع أو المشترى أولها إلى وقت الولادة حموى. والظاهر أنه على قولها وإلا فمدة الخيار عنده ثلاثة أيام ط (قوله ولدت لأقل من ستة أشهر) أفاد أنهما اتفقا على المدة وإلا ففى التتارخانية عن الكافى: قال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى وقال المشترى بعتها منى لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق، فإن أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند أبى يوسف. وعند محمد للبائع وسيذكره الشارح بقوله ولو تنازعا الخ، وقيد بدعوى البائع، إذ لو ادعاه ابنه وكذبه المشترى صدقه البائع أولا فدعوته باطلة وتمامه فيها (قوله فادعاه البائع) أى ولو أكثر من واحد قهستانى،

(ثبت نسبه) منه استحسانا لعلوقها فى ملكه ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض (و)إذا صحت استندت فـ (صارت أم ولده فيفسخ البيع ويرد الثمن ، و) لكن (إذا ادعاه المشترى

والأداء بالفاء يفيد أن دعوته قبل الولادة موقوفة ، فإن ولدت حيا ثبت وإلا فلا كما فى الاختيار ويلزم البائع أن الأمة لو كانت بين جماعة فشراها أحدهم فولدت فادعوه جميعا ثبت منهم عنده وخصاه باثنين وإلا فلا كما فى النظم ، وبالإطلاق أنه لو لم يصدق المشترى البائع وقال لم يكن العلوق عندك كان القول للبائع بشهادة الظاهر ، فإن برهن أحدهما فبينته ، وإن برهنا فبينة المشترى عند الثانى وبينة البائع عند الثالث كما فى المنية شرح الملتقى (قوله ثبت نسبه) صدقه المشترى أولا كما فى غرر الأفكار ، وأطلق فى البائع فشمل المسلم والذمى والحر والمكاتب، كذا رأيته معزوا للاختيار ، وشرط أبو السعود أن لا يسبقه المشترى فى الدعوى (قوله استحسانا) أى لا قياسا ، لأن بيعه إقرار منه بأنها أمة فيصير مناقضا . والقياس أن لا يثبت ، وبه قال زفر والشافعى لأن بيعه إقرار كما علمت .

وجه الاستحسان أنه تناقض فى محل الخفاء فيغتفر لأن النسب يبتنى على العلوق، وفيه من الخفاء مالا يخفى.

ونظيره المختلعة تدعى الطلاق وتريد الرجوع بالبدل مدعية أنه طلقها قبل الخلع تسمع دعواها وإن كانت متناقضة كما قدمناه لأن إقدامها على الخلع كالإقرار بقيام العصمة ، لكن لما كان التناقض فى محل الخفاء جعل عفوا لأن الزوج يستقل بالطلاق فلعله طلق ولم تعلم فإذا أقامت البينة على الطلاق قبلت (قوله لعلوقها الخ) قال فى المنح : ولنا أن مبنى النسب فيه على الخفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته إذا تيقن بالعلوق فى ملكه بالولادة للأول فإنه كالبينة العادلة فى إثبات النسب منه، إذ الظاهر عدم الزنا منها وأمر النسب على الخفاء، فقد يظن المرء أن العلوق ليس منه ثم يظهر أنه منه فكان عذرا فى إسقاط اعتبار التناقض اهـ (قوله وإذا صحت) أى الدعوى (قوله فيفسخ البيع) لعدم جواز بيع أم الولد (قوله ويرد الثمن) لأن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع (قوله ولكن إذا ادعاه المشترى الخ) قال العلامة أبو السعود فى حاشيته على مسكين : والحاصل أن البائع إذا ادعى ولد المبيعة فلا يخلو ، إما أن تجىء به لأقل من ستة أشهر أم لا . والثانى لا يخلو إما أن تجىء به لأقل من سنتين أم لا ، ثم ذلك لا يخلو إما أن يصدقه المشترى فى الدعوة أم لا، وكل ذلك لا يخلو إما أن يسبقه المشترى فى الدعوة أم لا ، بأن ادعاه مع البائع أو بعده أو لم يدع أصلا ، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون الولد المدعى نسبه حيا أو ميتا، والأول لا يخلو إما أن يوقع المشترى به ما لا يمكن نقضه كالعتق والتدبير ، أو ما يمكن كالبيع والكتابة والرهن والإجارة والهبة أم لا ، وكذلك الأم على هذا التقسيم إما أن تكون وقت الدعوة حية أو ميتة ، فإن كانت حية فإما أن يكون المشترى أوقع بها ما لا يمكن نقضه وهو العتق والتدبير ، أو يمكن وهو البيع والكتابة والرهن والإجارة والهبة والتزويج .

إذا عرف هذا فنقول : إذا ادعى البائع ولد المبيعة ينظر إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو حى لم يتصف بالعتق أو التدبير ولم يسبقه المشترى فى الدعوة ثبت النسب من البائع مطلقا صدقه المشترى أم لا ، فالتقييد بالحياة للاحتراز عن الوفاة حيث لا يثبت نسبه لأن الحقوق لا تثبت للميت ابتداء ولا عليه ، والتقييد بعدم اتصافه بالعتق أو التدبير للاحتراز عما إذا كان الولد عند الدعوة عتيقا أو مدبرا ، بأن أعتقه المشترى أو دبره حيث لا يثبت نسبه أيضا ، لأن ثبوت نسبه يستلزم نقض عتقه أو تدبيره ، وكل منهما بعد وقوعه لا ينتقض ، بخلاف ما إذا ادعى نسبه بعد أن باعه المشترى أو كاتبه أو رهنه أو وهبه أو آجره حيث يثبت نسبه وتنقض

قبله ثبت) نسبه (منه) لوجود ملكه وأميتها بإقراره ، وقيل يحمل على أنه نكحها ثم استولدها ثم اشتراها .
(ولو ادعاه معه) أى مع ادعاء البائع (أو بعده لا) لأن دعوته تحرير والبائع استيلاد فكان أقوى كما مر
(وكذا) يثبت من البائع (لو ادعاه بعد موت الأم ،

هذه التصرفات ، والتقييد بعدم سبق المشترى البائع فى الدعوة للاحتراز عما إذا ادعاه قبله فإن النسب منه يثبت ولا يتصور بعده ثبوت النسب من البائع ، بخلاف ما إذا ادعاه معه أو قبله حيث لا تعتبر دعوة المشترى مع دعوة البائع لأن دعوة البائع أقوى لاستنادها إلى وقت العلوق ، بخلاف دعوة المشترى فإنها تقتصر ولا تستند لعدم كون العلوق فى ملكه ، فيفرق بين ما إذا ادعاه بعد موته أو عتقه أو تدبيره ، وبين ما إذا ادعاه بعد كتابته أو رهنه أو نحو ذلك ، ففى الثانى يثبت النسب لا فى الأول ، بخلاف ما إذا ادعاه بعد موت أمه أو عتقها أو تدبيرها حيث لا يفترق الحال فى ثبوت النسب بين موتها وعتقها وتدبيرها وبين كتابتها وإجارتها وتزويجها ونحو ذلك مما سبق الكلام عليه ، بل يثبت نسب ولدها بالدعوة مطلقا ولا يمنع منه ثبوت هذه الأوصاف لأمه غير أنه فى الوجه الأول أعنى الموت وأخويه لا يثبت لها أمومية الولد ، أما فى الموت فلما سبق من أن الميت لا يثبت له الحقوق ابتداء ولا عليه ، وأما فى العتق ونحوه فلأن ثبوت أمومية الولد لها يستلزم نقض العتق وهو بعد وقوعه لا ينتقض فى الوجه الثانى ، أعنى الكتابة وأخواتها يثبت لها أمومية الولد بالتبعية لثبوت نسب الولد لعدم المانع لأن الكتابة ونحوها تنتقض ضمن ثبوت الاستيلاد لها ، هذا كله إذا ادعى نسبه والحال أنها قد جاءت به لأقل من ستة أشهر ، فإن جاءت به لأكثر ردت دعوته إلا أن يصدقه المشترى ، فإن صدقه ثبت منه النسب سواء جاءت به لأقل من سنتين أو لأكثر منهما ، وهل يثبت لأمه الاستيلاد فينتقض البيع ويرد الثمن أم لا ؟ إن جاءت به لأقل من سنتين انتقض البيع وثبت لها الاستيلاد فتصير أم ولد البائع ويرد الثمن وإلا فلا (قوله قبله) أى قبل ادعاء البائع (قوله لوجود ملكه) وهو المجوّز للدعوى ، ألا ترى أنه يجوز إعتاقه وإعتاق أمه (قوله وأميتها) بالرفع عطف على فاعل ثبت . ح : وهذا لو جهل الحال لما سبق فى الاستيلاد أنه لو زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولد ، وإن ملك الولد عتق عليه ، ومر فيه متنا استولد جارية أحد أبويه وقال : ظننت حلها لى فلا نسب ، وإن ملكه عتق عليه .

قال الشارح ثمة وإن ملك أمه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه (قوله بإقراره) ثم لا تصح دعوى البائع بعده لاستغناء الولد بثبوت نسبه من المشترى ولأنه لا يحتمل الإبطال زيلعى (قوله وقيل يحمل الخ) أى حملا لحاله على الصلاح فإنه حيث لم يكن تحته حرة فنكاحه صحيح وإلا ففاسد وكلاهما يثبت به النسب ، ومع كل فدعوة البائع مقدمة ، لأن ملكه وقت العلوق محقق وملك المشترى مفروض فلا يعارضه تأمل ولم يذكر فى المنح ولا فى غيرها لفظة قيل (قوله لأن دعوته تحرير) على أنه لما ثبت نسبه من البائع بطل البيع فلم يدخل فى ملك المشترى فهو كأجنبى كما فى المقدسى .

قال ط : فيه أنها دعوة استيلاد أيضا إلا أن يقال إنها دعوة تحرير بعد دعوة البائع (قوله وكذا يثبت من البائع لو ادعاه بعد موت الأم) أى وقد ولدت لأقل من ستة أشهر وذلك لأن الولد هو الأصل فى النسب ولذلك تضاف إليه ويقال أم الولد والإضافة إلى الشيء أمارة أصالة المضاف إليه ولأنها تستفيد منه الحرية ، ألا ترى إلى قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « أعتقها ولدها » قاله حين قيل به وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ألا تعتقها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية ، والحقيقة أولى من الحق فيستتبع

بخلاف موت الولد) لفوات الأصل (ويأخذه) البائع بعد موت أمه (ويسترد المشترى كل الثمن) وقالا حصته (وإعتاقهما) أى إعتاق المشترى الأم والولد (كموتهما) فى الحكم (والتدبير كالإعتاق) لأنه أيضا لايحتمل الإبطال

الأدنى ولايضره فوات التبع (قوله بخلاف موت الولد) أى دون الأم لفوات الأصل وهوالولد أى وقد ولدت لدون الأقل فلا يثبت الاستيلاد فى الأم لفوات الأصل لأنه استغنى بالموت عن النسب وكان الأولى للشارح التعليل بالاستغناء كما لا يخفى فتدبر .

وعللوا لموت الولد بتعذر ثبوت النسب فيه لأن الحقوق لا تثبت للميت ولا عليه كما سبق ، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد لأنه فرع النسب وكانت الأم بحالها إتقانى (قوله ويسترد المشترى كل الثمن) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها هداية (قوله وقالا حصته) أى الولد فقط ، ولا يرد حصة الأم لأنها متقومة عندهما فتضمن بالغصب والعقد فيضمنها المشترى ، فإذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يجب رد حصة الأم .

قال الزيلعى : هكذا ذكروا الحكم على قولهما ، وكان ينبغى أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الأم ، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لا جزاء المبيع منه حصة ، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه إن كان باقيا وإلا فبدله اه .

قال المقدسى : لعل مرادهم ما ذكره بناء على أن الغالب تساوى الثمن والقيمة اه (قوله وإعتاقهما أى إعتاق المشترى الأم والولد) الواو بمعنى أو المجوزة للجمع (قوله كموتهما) حتى لو أعتق الأم لا الولد فادعى البائع أنه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ، ولو أعتق الولد لا الأم لم تصح دعوته لا فى حق الولد ولا فى حق الأم كما فى الموت ، أما الأول فلأنها إن صحت بطل إعتاقه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان . وأما الثانى فلأنها تبع له فإذا لم تصح فى حق الأصل لم تصح فى حق التبع ضرورة اه منح ، فقوله أما الأول أى عدم صحته فى حق الولد وقوله وأما الثانى أى عدم صحته(١) فى حق الأم .

ويشكل على قوله والعتق بعد وقوعه إلى آخره ما سيأتى متنا فى قوله باع أحد التوأمين إلى أن قال وبطل عتق المشترى . قال فى المنح لأن الذى عنده ظهر أنه حر الأصل وقال الشارح بأمر فوقه وهو حرية الأصل فكذا يقال هنا فينبغى أن تصح دعوته بعد الإعتاق لأنه ظهر أنه أعتق حر الأصل فلم يصح إعتاقه تأمل.وأجاب عنه العينى تبعا للزيلعى بأنه لو بطل فيه بطل مقصود الأجل دعوة البائع وأنه لا يجوز .

وفى مسئلة التوأمين تثبت الحرية فى الذى لم يبع ثم يتعدى إلى آخر ضمنا وتبعا ، إذ يستحيل أن يلحقا من ماء واحد وأحدهما حر والآخر رقيق ، وكم من شىء يثبت ضمنا وإن لم يثبت مقصودا اه .

فإن قلت : تحرير المشترى تبين أنه وقع فى غير ملكه لأنه أعتق حر الأصل فلم يصح عتقه يجاب بأنه أعتق ملكه فى وقت لا ينازعه فيه أحد فنفذ عتقه وثبت ولاؤه ، وكل من الولاء والإعتاق لا يحتمل النقض ، وبثبوت ذلك صار البائع مكذبا شرعا فى ادعائه فلم تصح دعوته وتبين صحة عتق المشترى (قوله لأنه أيضا لا يحتمل الإبطال) لثبوت بعض آثار الحرية كامتناع التمليك للغير منح ويرد عليه ما ورد على ما قبله ، وعلم

---

(١) أى صحة دعوته اه منه .

ويرد حصته اتفاقا ملتقى وغيره وكذا حصتها أيضا على الصحيح من مذهب الإمام كما فى القهستانى والبرهان ، ونقله فى الدرر والمنح عن الهداية على خلاف ما فى الكافى عن المبسوط .

وعبارة المواهب : وإن ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه وعليه رد الثمن واكتفيا برد حصته وقيل : لا يرد حصتها فى الإعتاق بالاتفاق اهـ فليحفظ .

(ولو ولدت) الأمة المذكورة (لأكثر من حولين من وقت البيع وصدقه المشترى ثبت النسب) بتصديقه (وهى أم ولده) على المعنى اللغوى .

جوابه مما مر عن العينى . والأولى أن يقول وإعتاقهما وتدبيرهما كموتهما إذ لا يظهر فائدة فى تشبيه الإعتاق بالموت ثم تشبيه التدبير بالإعتاق تأمل (قوله ويرد حصته اتفاقا) أى فيما إذا أعتق المشترى الأم أو دبرها فقط دون الولد فيقسم الثمن على قيمة الأم وقيمة الولد ، فما أصاب الولد يرده وما أصاب الأم لا يرده، وتعتبر قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنها دخلت فى ضمانه بالقبض وصار له قيمة بالولادة فتعتبر القيمة بذلك كما فى صدر الشريعة والشرنبلالية (قوله وكذا حصتها أيضا) أى فى التدبير والإعتاق . وأما فى الموت فيرد حصتها أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى قولا واحدا كما يدل عليه كلام الدرر . قال : وفيما إذا أعتق المشترى الأم أو دبرها يرد البائع على المشترى حصته من الثمن عندهما . وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا فى الهداية ح فصار الحاصل من هذا أن البائع يرد كل الثمن وهو حصة الأم وحصة الولد فى الموت والعتق عند الإمام ، ويرد حصة الولد فقط فيهما عندهما . وعلى ما فى الكافى يرد حصته فقط فى الإعتاق عند الإمام كقولهما (قوله على الصحيح من مذهب الإمام) لأن أم الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه (قوله ونقله فى الدرر والمنح عن الهداية) قال فى الدرر : وذكر فى المبسوط : يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق ، وفرق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها كذا فى الكافى اهـ لكن رجح فى الزيلعى كلام المبسوط وجعله هو الرواية فقال بعد نقل التصحيح عن الهداية : وهو يخالف الرواية، وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل إعتاقه ، بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمه الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك اهـ وقدمناه قريبا فلا تغفل عنه (قوله على خلاف ما فى الكافى عن المبسوط) من أنه لا يرد حصتها عنده أيضا وقد تقدم ذلك (قوله وقيل لا يرد حصتها فى الإعتاق بالاتفاق) هو المعتمد كما تقدم ، وهذا من تتمة عبارة المواهب فلا يعترض بأنه مكرر لأنه عين ما فى المبسوط (قوله لأكثر من حولين) مثله تمام الحولين إذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة شرنبلالية (قوله ثبت النسب بتصديقه) إذ عدم ثبوته لرعاية حقه . وإن صدقه زال ذلك المانع ولم يبطل بيعه بالجزم بأن العلوق ليس فى ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه لأنها دعوة تحرير ، وغير المالك ليس من أهله .

قال فى التاترخانية : وإن ادعاه المشترى وحده صح وكانت دعوة استيلاد ، وإن ادعياه معا أو سبق أحدهما صحت دعوة المشترى لا البائع (قوله على المعنى اللغوى) أى أنها كانت زوجته وأتت منه بولد وليست أم ولده بالمعنى الاصطلاحى ، وهى من استولدها فى ملكه لما تقدم من تيقن أنها فى غير ملكه .

والحاصل أن الاستيلاد لا يصح فى غير الملك ، بل لو ملكها بعد ذلك لصارت بعد ذلك أم ولده شرعا

(نكاحا) حملا لأمره على الصلاح .

بقى لو ولدت فيما بين الأقل والأكثر ، إن صدقه فحكمه كالأول لاحتمال العلوق قبل بيعه وإلا لاملتقى . ولو تنازعا

أيضا (قوله نكاحا) أى يحمل على أنه زوجه إياها المشترى وإلا كان زنا ويعطى الولد حكم ولد أمة الغير المنكوحة فيكون للمشترى والنسب ثابت من البائع . وفى الشرنبلالية : ويبقى الولد عبدا ، فهو كالأجنبى إذا ادعاه لأنه بتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلوق فى ملكه لأن البائع لا يدعى ذلك ، وكيف يدعي والولد لايبقى فى البطن أكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع ، وإذا لم يثبت العلوق فى ملك البائع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للأمة ولا يظهر بطلان البيع ، ودعوى البائع هنا دعوة تحرير ، وغير المالك ليس بأهل لها اه (قوله حملا لأمره على الصلاح) علة لقوله نكاحا : أى فهو ولد نكاح لا زنا حملا الخ .

والحاصل أنه لو ولدت لأكثر من سنتين من وقت البيع ردت دعوة البائع إلا إذا صدقه المشترى فيثبت النسب منه ، ويحمل أن البائع استولدها بحكم النكاح حملا لأمره على الصلاح ويبقى الولد عبدا للمشترى ولا تصير الأمة أم ولد للبائع ؛ كما لو ادعاه أجنبي آخر لأن بتصادقهما أن الولد من البائع لايثبت كون العلوق فى ملكه لأن البائع لا يدعى ذلك ، وكيف يدعي والولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع ، وإذا لم يثبت العلوق فى ملك البائع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للأمة ، ولا يظهر بطلان البيع ، ودعوة البائع هنا دعوة تحرير غير المالك ليس بأهلها فلذا حول الشارح رحمه الله تعالى العبارة وحملها على المعنى اللغوى ، لكن إنما يتم هذا الحمل إذا لم يكن تحته حرة ، أما لو كان فإن نكاحه لايصح ومع ذلك يثبت به النسب كما مر (قوله فيما بين الأقل والأكثر) المراد بالأقل آخر الأقل من ستة أشهر ليشمل ما إذا ادعاه فى ستة أشهر كما أفاده القهستانى (قوله فحكمه كالأول) يعنى يثبت نسبه وأميتها فيكون الولد حرا ويفسخ البيع ويرد الثمن لاحتمال أن يكون العلوق فى ملك البائع درر .

قال أبو السعود : والحاصل أن رد الدعوة فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لولا التصديق لا فرق فيه بين ما إذا جاءت به لأقل من سنتين أو لأكثر إلا من جهة ثبوت الاستيلاد للأم بعد التصديق ونقض البيع فيها ورد الثمن أى فى الأقل منهما دون الأكثر اه بتصرف ط (قوله لاحتمال العلوق قبل بيعه) قال فى التاترخانية : هذا الذى ذكرنا إذا علمت المدة فإن لم تعلم أنها ولدت لأقل من ستة أشهر أو لأكثر إلى سنتين أو أكثر من وقت البيع ، فإن ادعاه البائع لا يصح إلا بتصديق المشترى ، وإن ادعاه المشترى يصح ، وإن ادعياه معا لاتصح دعوة واحد منهما ، وإن سبق أحدهما ، فلو المشترى صحت دعوته ، ولو البائع لم تصح دعوة واحد منهما (قوله وإلا لا) أى لا يصدقه بأن كذبه ولم يدعه أو ادعاه أو سكت فإنه لا يجرى حكم الأول فيه فهو أعم من قوله ولو تنازعا .

والحاصل أنه يثبت نسبه وتصير أم ولده شرعا لا على المعنى اللغوى كما فى الصورة التى قبلها ، ويرد الثمن ويجرى فيه ما تقدم من التفاريع كلها (قوله ولو تنازعا) أى فى كونه لأقل من ستة أشهر أو لأكثر بأن قال البائع بعتهالك منذ شهر والولد منى وقال المشترى لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى لأنه مدعى الصحة فالظاهر شاهد له ، وكذا لو ادعى الولد صحت دعوته لوقوع العلوق فى ملكه دون البائع تمكما للحال ، وأما إذا سكت فقد تقدم حكم سكوت المدعي عليه بعد الدعوى فإنه يجعل إنكارا ، فقوله ولو تنازعا

فالقول للمشترى اتفاقا ، وكذا البينة له عند الثانى خلافا للثالث شرنبلالية وشرح مجمع .

وفيه : لو ولدت عند المشترى ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر لأكثر ثم ادعى البائع الأول ثبت نسبهما بلا تصديق المشترى .

(باع من ولد عنده ادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه) لكون العلوق فى ملكه (ورد بيعه) لأن البيع يحتمل النقض (وكذا) الحكم (لو كاتب للولد أورهنه منه أو آجره

يشمل الصور الثلاث (قوله فالقول للمشترى اتفاقا) لأنه ينكر دعوى البائع نقض البيع ولأنه واضع اليد فهو منكر والآخر خارج فهو مدع والبينة للمشترى (قوله وكذا البينة له عند الثانى) لأنه أثبت زيادة مدة للشراء وهذا أمر حادث وهو صحة ملكه (قوله خلافا للثالث) فقال البينة بينة البائع لأنه يثبت نسب الولد واستيلاد الأمة ونقض البيع حموى عن الكافى أى وهو إثبات خلاف الظاهر كما هو شأن البينات ، لأن الظاهر وقوع العقد صحيحا ، وبينة البائع أثبتت فساده فكانت أولى بالقبول ، ولأن البائع يدعى فساد العقد والمشترى ينكره والبينة بينة المدعى ، والذى يظهر أوجهية قول محمد فليتأمل (قوله والآخر لأكثر) أى وليس بينهما ستة أشهر (قوله ثبت نسبهما) أى التوأمين من البائع لأنهما خلقا من ماء واحد . وإذا صحت الدعوى فيهما كانت فى حكم أول مسألة من الفصل فيفسخ البيع ويرد الثمن فتأمل .

وفى الإتقانى عن المغرب : يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان ، وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ اه (قوله لكون العلوق فى ملكه) أى فهو كالبينة الشاهدة له على مدعاه وهذا يفيد تقييد المصنف ، فقوله باع من ولد عنده أى وعلق عنده . أما إذا كان العلوق عند غيره والوضع عنده فهى دعوة تحرير ط (قوله ورد بيعه) لأنه تبين أنه باع حر الأصل ، وكذا يقال فيما بعده من كتابة الولد ورهنه ، أما فى إجارته فالذى يرد نفاذها ، أما لو رأى الأب إجازتها فينبغى أن يجوز لأن للأب إجارته فكذا يملك إجازة إيجار الفضولى له (قوله لأن البيع يحتمل النقض) أى وماله من حق الدعوى لا يحتمله فينتقض البيع لأجله (قوله وكذا الحكم لو كاتب) أى المشترى الولد أورهنه منه كذا فى نسخة ، ولا وجود للفظ منه فيما شرح عليه المصنف ولا فى أصله الذى نقل عنه وهو الدرر ، والضمير فى الأفعال راجع إلى المشترى .

واعلم أن عبارة الهداية هكذا : ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه وبطل البيع ، لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لأجله ، وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة ، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة ، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر . قال صدر الشريعة : ضمير كاتب إن كان راجعا إلى المشترى وكذا فى قوله أو كاتب الأم يصير تقدير الكلام ومن باع عبدا ولد عنده وكاتب المشترى الأم وهذا غير صحيح لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم فكيف يصح قوله وكاتب المشترى الأم ، وإن كان راجعا إلى من فى قوله ومن باع عبدا فالمسألة أن رجلا كاتب من ولد عنده أو رهنه أو آجره ثم كانت الدعوة فحينئذ لا يحسن قوله بخلاف الإعتاق لأن مسألة الإعتاق التى مرت ما إذا أعتق المشترى الولد لأن الفرق الصحيح أن يكون بين إعتاق المشترى وكتابته لا بين إعتاق المشترى وكتابة البائع إذا عرفت هذا فمرجع الضمير فى كاتب الولد هو المشترى ، وفى كاتب الأم من فى قوله من باع اه .

أقول : الأظهر أن المرجع فيهما المشترى ، وقوله لأن المعطوف عليه بيع الولد لابيع الأم مدفوع بأن

أو كاتب الأم أورهنها أو آجرها أو زوّجها ثم ادعاه) فيثبت نسبه وترد هذه التصرفات بخلاف الإعتاق كما مر .

(باع أحد التوأمين المولودين) يعنى علقا وولدا (عنده وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع) الولد (الآخر ثبت نسبهما وبطل عتق المشترى) بأمر فوقه وهو حرية الأصل لأنهما علقا فى ملكه ،

المتبادر بيعه مع أمه بقرينة سوق الكلام ، ودليل كراهة التفريق بحديث سيد الأنام عليه الصلاة والسلام نعم كان مقتضى ظاهر عبارة الوقاية أن يقال بالنظر إلى قوله بعد بيع مشتريه ، وكذا بعد كتابة الولد ورهنه الخ لكنه سهو وانى على الدرر (قوله أو كاتب الأم) أى لو كانت بيعت مع الولد فالضمير فى الكل للمشترى وبه سقط ما فى صدر الشريعة (قوله وترد هذه التصرفات) لأنه باع حر الأصل فتصرف المشترى فى غير محله فينقض ، وهذا ظاهر فى غير الإجارة ، أما فيها فالذى يرد نفاذها إلى آخر ماقدمناه قريبا (قوله بخلاف الإعتاق) أى إعتاق المشترى ، ومثل الإعتاق التدبير كما فى عزمى زاده . قال : وكذلك إذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لايثبت النسب من البائع كما مر (قوله باع أحد التوأمين المولودين يعنى علقا وولدا) لما كان لفظ المصنف وهو قوله المولودين عنده محتملا لشيئين كون العلوق عنده أو عند غيره بأن اشتراها بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما وكان الحكم مختلفا فسره بقوله يعنى التى يؤتى بها إذا كان التفسير بغير الظاهر من اللفظ . قال فى الرمز تبعا للتبيين : هذا إذا كان العلوق فى ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لأكثر من سنتين يثبت نسبهما أيضا لأنهما لا يفترقان فيه لكن لا يعتق الذى ليس فى ملكه ، وإن كان المشترى قد أعتقه لا يبطل عتقه لأن هذه الدعوى دعوة تحرير لعدم العلوق فى الملك ، بخلاف المسألة الأولى ، وهو ما إذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لأنها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بدليل أنهما حرا الأصل فتبين أنه باع حرا اه ، فقوله أو باعها فجاءت بهما الخ أى ثم ملك واحد منهما فادعاه ، وقوله علقا محترزه قوله حتى لو اشتراها حبلى الخ (قوله ثبت نسبهما) أى التوأمين من البائع لأن دعوة البائع صحت فى الذى لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيثبت نسبه ، ومن ضرورته ثبوت الآخر لأنهما من ماء واحد فيلزم بطلان عتق المشترى ، بخلاف ما إذا كان الولد واحدا . وتمامه فى الزيلعى (قوله وهو حرية الأصل) أى الثابتة بأصل الخلقة ، وأما حرية الإعتاق فعارضة ، وحرية الأصل هنا فى الذى أعتقه لأن الذى عند البائع ظهر أنه حر الأصل فاقتضى كون الآخر أيضا كذلك إلى آخر ماقدمناه (قوله لأنهما علقا فى ملكه) أى وقد خلقا من ماء واحد وهذا كله يصلح جوابا لما يرد من أن نقض الإعتاق مخالفا . لما سبق من أن العتق بعد وقوعه لا يحتمل الانتقاض والبطلان .

وحاصله أن الممنوع هو انتقاض العتق إلى الرقية وهى دونه لا إلى شىء فوقه وهى الحرية أى لأنها ثابتة بأصل الخلقة كما أفاده عزمى ، وهذا لا يتم ولا يطرد ، فإن فى السابقة وهى دعوة من ولد عند المشترى لأقل من ستة أشهر فأعتقه لا يقبل مع أنه انتقض العتق بأمر فوقه ، وهذا الأمر لا يتم فى هذا المقام ، فإن حرية أحد التوأمين يظهر حرية الآخر وينعدم تأثير الإعتاق . وعبارة العينى : فإذا ثبت نسبهما بطل عتق المشترى إياه لأن دعوة البائع بهذه صحت فى الذى لم يبع ، ومن ضرورة ذلك ثبوت نسب الآخر لأنهما من واحد فيلزم منه بطلان عتق المشترى لكونهما حرى الأصل ، إذ يستحيل أن يكون أحدهما حر الأصل والآخر رقيقا وهما من ماء واحد بخلاف ما إذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه إعتاق المشترى ، لأنه لو بطل فيه بطل مقصودا لأجل حق الدعوى للبائع وأنه لا يجوز وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبع ثم تتعدى إلى الآخر ضمنا وتبعا ، وكم

حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه لأنها دعوة تحرير فتقتصر عيني وغيره ، وجزم به المصنف .
ثم قال : وحيلة إسقاط دعوى البائع أن يقر البائع أنه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبدا مجتبى .

من شيء يثبت ضمنا وإن لم يثبت مقصودا اهـ ، فالشارح رحمه الله تعالى ذكر آخر عبارة الدرر وترك صدرها فكان الأولى فى التعليل لأنهما علقا فى ملكه من ماء واحد ، فإذا ثبت حرية أحدهما ثبتت حرية الآخر تبعا والشيء قد يثبت تبعا وإن لم يثبت قصدا (قوله حتى لو اشتراها) أى البائع حبلى وجاءت بهما لأكثر من سنتين . عيني (قوله لم يبطل عتقه) قال الأكمل : ونوقض بما إذا اشترى رجل أحد توأمين واشترى أبوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده بأنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم تقتصر الدعوى . وأجيب بأن ذلك لموجب آخر ، وهو أن المدعى إن كان هو الأب فالابن قدملك أخاه ، وإن كان هو الابن فالأب قدملك حافده فيعتق ، ولو ولدت توأمين فباع أحدهما ثم ادعى أبو البائع الولدين وكذباه : أى ابنه البائع والمشترى صارت أم ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذى فى يد البائع ، ولا يعتق المبيع لما فيه من إبطال ملكه الظاهر ، بخلاف النسب لأنه لا ضرر فيه .

والفرق بينه وبين البائع إذا كان هو المدعى أن النسب ثبت فى دعوى البائع بعلوق فى ملكه وهنا حجة الأب شبهة « أنت ومالك لأبيك » تظهر فى مال ابنه البائع فقط .

وفى التاترخانية : فإن باع الأمة مع أحد الوالدين ثم ادعى أبو البائع نسب الولدين جميعا وكذبه المشترى والبائع ، ففى قول محمد دعوى الأب باطلة . وعند أبى يوسف : ودعوى الأب لا تصح فى حق الأمة ولا تصير أم ولده ، وتصح دعوته فى حق الولدين نسبا ، ولا يحكم بحرية المبيع ، والولد الثانى حر بالقيمة ، وإن صدق المشترى وكذب البائع فالأمة تصير أم ولده اتفاقا وعليه قيمتها للابن ، ويثبت نسب الولدين منه ، والمبيع حر بالقيمة على الأب عند أبى يوسف . وعند محمد حر بغير القيمة ، وإن صدقه البائع وكذبه المشترى ثبت نسب الولدين من أبى البائع ، فمن المشايخ من ظن أن ثبوت نسبهما من أبى البائع قول أبى يوسف ، وقول محمد ينبغى أن لا يثبت نسبهما منه . والصحيح أن ماذكره محمد قول الكل ولم يذكر محمد حكم الأم .

وقال أبو حازم والقاضى أبو الهيثم على قياس أبى يوسف ومحمد : يضمن البائع قيمتها للأب لا على قول أبى حنيفة . وقال أكثر مشايخنا : لا يضمن شيئا لصاحبه بالاتفاق ، كذا فى المقدسى .

وفيه : رجل حملت أمته عنده وولدت فكبر عنده فزوجه أمة له فولدت له ابنا فباع المولى هذا الابن وأعتقه المشترى فادعى البائع نسب الأكبر ثبت وبطل العتق ، وإن ادعى نسب الثانى لا تسمع ، ولو باع الأم مع أحدهما ثم ادعى الأب صحت عند أبى يوسف وثبت نسبهما والولد المبيع مع أمه بقيا على ملك المشترى ، وعند محمد لا تصح (قوله لأنها دعوة تحرير) لعدم العلوق فى ملكه (قوله فتقتصر) بخلاف المسألة الأولى ، وهو ما إذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لما ذكر أنها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الأصل فتبين أنه باع حرا عيني (قوله فلا تصح دعواه أبدا) أى وإن جحد العبد ، وهذا عند الإمام ، وعندهما تصح دعواه إن جحد العبد .

ووجه قول الإمام أن الإقرار بالنسب من الغير إقرار بما لا يحتمل النقض فلا تصح دعوة المقر بعد ذلك ، وإنما قلنا إنه لا يحتمل النقض لأن فى زعم المقر أنه ثابت النسب من الغير والنسب إذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب ، ولهذا لو عاد المقر له إلى تصديقه جاز وثبت النسب منه وصار كالذى لم يصدقه ولم يكذبه ط

وقد أفاده بقوله (قال) عمرو (لصبي معه) أو مع غيره عيني (هو ابن زيد) الغائب (ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أبدا (وإن) وصلية (جحد زيد بنوته) خلافا لهما ، لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته ، حتى لو صدقه بعد تكذيبه صح ، ولذا لو قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس مني لايصح نفيه لأنه بعد الإقرار به لاينتفي بالنفي فلا حاجة إلى الإقرار به ثانيا ، ولا سهو في عبارة العمادي

(قوله وقد أفاده) أي أفاد نظيره لا عينه (قوله معه أو مع غيره) أشار إلى أن ما وقع من التقييد بكونه معه ليس احترازيا . قال الزيلعي : لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده ، واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقيا اه شرنبلالية (قوله الغائب) إتقاني أيضا (قوله خلافا لهما) فقالا تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له أن يكون ابنه ، لأن إقراره له بطل بجحود المقر له فصار كأنه لم يقر ، وقد تقدم توجيه قول الإمام ، وذكره المؤلف .

وعبارة الدرر : هما قالا إذا جحد زيد بنوته فهو ابن لمقر ، وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم .

لهما أن الإقرار ارتد برد زيد فصار كأن لم يكن ، والإقرار بالنسب يرتد بالرد ؛ ولهذا إذا أكره على الإقرار بالنسب فأقر به لايثبت ، وكذا لو هزل به ، وإن لم يحتمل النسب نفسه النقض ، وله أن النسب لايحتمل النقض بعد ثبوته ، والإقرار بمثله لايرتد بالرد : أي بمثل مالا يحتمل النقض إذ تعلق به حق المقر له ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه . وأيضا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له اه .

قال قاضيخان : ومن جملة النسب لايرتد بالرد في حق المقر لأن في زعمه أنه ثابت النسب من الغير فيصلح حجة في حق نفسه وإن لم يصلح على الغير ، كمن أقر بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لايبطل إقراره في حق نفسه حتى لو ملكه بعد ذلك يعتق عليه اه ولا يرتد بالرد في حق المقر ، ومن ذلك لو صدقه الخ ولا في حق الولد لاحتياجه إلى النسب (قوله بعد ثبوته) وهنا أثبت من جهة المقر للمقر له (قوله حتى لو صدقه) أي صدق المقر له المقر ، وفي التفريع خفاء لأنه ليس هذا متفرعا على مازعمه بل على أن الإقرار بما لايحتمل النقض لايرتد بالرد إذا تعلق به حق الغير ، كمن أقر بحرية عبد غيره فكذبه مولاه فيبقى في حق المقر حرا ولا يرتد بالرد ، حتى لو ملكه عتق عليه ، وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة فادعاه الشاهد لاتقبل .

ولا يرد مالو أقر المشتري على البائع باعتاق المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقه يتحول الولاء إليه لأنها من محل الخلاف ، ولو سلم فالنسب ألزم من الولاء لقبوله التحول من موالي الأم إلى موالي الأب أو إلى مولى آخر فيما لو ارتدت المعتقة ثم سبيت بعد ما لحقت فاشتراها آخر وأعتقها .

ولا يرد أيضا مالو أقر أن عبده ابن الغير ثم ادعاه حيث يعتق لأن العتق ليس لثبوت نسبه منه ، بل لأن إقراره يسري على نفسه كقوله لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابني . وعبارة الدرر كما سمعتها في المقولة السابقة : فظهر أنه مفرع على تعلق حق المقر له به تأمل (قوله فلا حاجة إلى الإقرار به ثانيا) بأن يقول هو ابني (قوله ولا سهو في عبارة العمادي) عبارته هكذا : هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح ، إذ بإقراره بأنه منه ثبت نسبه فلا يصح نفيه ، قال في الدرر : هذا سهو لأن التعليل يقتضي أن هناك ثلاث عبارات : إثبات ونفي وعود إلى الإثبات .

قال الشرنبلالي : والذي يظهر لي أن عوده إلى التصديق ليس له فائدة في ثبوت النسب لأنه بعد الإقرار لاينتفي بالنفي .

كما زعمه منلاخسرو كما أفاده الشرنبلالى وهذا إذا صدقه الابن ، وأما بدونه فلا إلا إذا عاد الأبن إلى التصديق لبقاء إقرار الأب .

(ولو أنكر الأب الإقرار فبرهن عليه الابن قبل . وأما الإقرار بأنه أخوه فلا يقبل لأنه إقرار على الغير)

[فروع] لو قال لست وارثه ثم ادعى أنه وارثه وبين جهة الإرث صح ، إذ التناقض فى النسب عفو ، ولو ادعى بنوة العم لم يصح

وأقول : هذا يقرر مدعى الدرر ، وليس بجواب عن العمادى .

وفى الزيلعى : نفى النسب عن نفسه لايمنع الإقرار به بعده ، بأن قال ليس هذا بابنى ثم قال هو ابنى اهـ .

وأقول : ليس فى عبارة العمادى سبق الإقرار على النفى ، وانظر تحقيقه فيما يأتيك فى المقولة الآتية (قوله كما زعمه منلا خسرو) راجع إلى المنفى الذى هو السهو ، ونصه قال : هذا الولد منى ثم قال هذا الولد ليس منى ثم قال هو منى صح ، إذ بإقراره بأنه منه تعلق حق المقر له إذ ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفى كونه مخلوقا من ماء الزنا ، فإذا قال ليس منى هذا الولد لايملك إبطال حق الولد ، فإذا عاد إلى التصديق صح .

أقول : قد وقعت العبارة فى الاستروشنية كالعمادية : هذا الولد ليس منى ثم قال هو منى صح ، إذ بإقراره أنه منه الخ الظاهر أنه سهو من الناسخ الأول . يدل عليه التعليل الذى ذكره لأنه يقتضى أن يكون هنا ثلاث عبارات : تمهيد الأولى إثبات البنوة ، والثانية نفيها ، والثالثة العود إلى الإثبات ، والمذكور فيهما العبارتان فقط .

قال الشرنبلالى : والذى يظهر لى أن اللفظ الثالث وهو قوله ثم قال هو منى ليس له فائدة لثبوت النسب لأنه بعد الإقرار به لاينتفى بالنفى ولا يحتاج إلى الإقرار به بعده فليتأمل اهـ ولذلك قال فى الخلاصة : ولو قال هذا الولد ليس منى ثم قال منى يصح . ولو قال منى ثم قال ليس منى لايصح النفى اهـ فاقتصر هنا على العبارتين كالعمادية والاستروشنية لكن كلام الشرنبلالى لايدفع كلام صاحب الدرر ، لأن مناقشته إنما هى فى إسقاط الأولى ، أما الثالثة فهى موجودة فى عبارة العمادية والاستروشنية . فصاحب الدرر ناقش : فى إسقاط الأولى والشرنبلالى فى إسقاط الثالثة تأمل .

والحاصل أن الاعتبار إنما هو إلى وجدان الإقرار سواء تقدم عليه النفى أو تأخر عنه كما علم من صريح الخلاصة . ومما ذكرنا ، فظهر أن الخلل فى سبك تعليل الاستروشنى وتبعه العمادى ، وأن منلا خسرو لم يتفطنه وظن أنه محتاج إلى عبارة أخرى وليس كذلك ، إذ الإقرار الواحد يكفى سواء وجد مقدما على النفى أو متأخرا عنه كما لايخفى فتدبر (قوله كما أفاده الشرنبلالى) راجع إلى النفى الذى هو عدم السهو ط عن الحلبى ، وتقدم نص عبارة الشرنبلالية ، ومقتضى مايظهر لى أنه راجع إلى قوله فلا حاجة إلى الإقرار به ثانيا (قوله وهذا) أى ثبوت النسب إذا صدقه الابن ، أما بدونه فلا لأنه إقرار على الغير بأنه جزؤه فلا يتم إلا بتصديق ذلك الغير وهذا التفصيل إنما يأتى فى الإقرار بصبى يعبر عن نفسه ، أما لو كان صغيرا لايعبر عن نفسه يصدق المقر استحسانا كما فى الخلاصة (قوله أما بدونه فلا) أى فلا يتم إلا بتصديق ذلك الغير (قوله لبقاء إقرار الأب) لأن إقرار الأب لم يبطل لعدم تصديق الابن فيثبت النسب كما فى الدرر (قوله قبل) لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه درر (قوله فلا يقبل) أى على الغير (قوله وبين جهة الإرث صح) قال فى جامع الفصولين : إذ إثبات الوراثة لايصح مالم يعين جهة الإرث (قوله ولو ادعى بنوة العم) عبارة الدرر : ادعى الأخوة ولم يذكر اسم الجد صح ، بخلاف دعوى كونه ابن عمه حيث يشترط فيها ذكر اسم الجد كما فى العمادية ح .

مالم يذكر اسم الجد .

وفى الخيرية : ومما صرحوا به أن دعوى بنوة العم تحتاج إلى ذكر نسبة العم والأم إلى الجد ليصير معلوما لأنه لايحصل العلم للقاضى بدون ذكر الجد، وتحقق العمومة بأنواع منها العم لأم ذكره فى كتاب الوقف .

وفى التنقيح أن الشهود إذا شهدوا بنسب ، فإن القاضى لايقبلهم ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال إلا فى الأب والابن وأن ينسب الشهود الميت والمدعى لبنوة العمومة حتى يلتقيا إلى أب واحد وأن يقولوا هو وارثه لاوارث له غيره كما صرح قاضيخان ، ولابد أن يكون الأب الواحد الملتقى إليه معروفا للقاضى بالاسم والنسب بالأب والجد إذ الخصام فيه ، والتعريف بذلك عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى ، فإذا لم يوجد شرط من هذه الشروط لاتقبل البينة ولا يصح القضاء بها ، وينبغى الاحتياط بالشهادة بالنسب سيما فى هذا الزمن .

قال الحامدى : قلت هذا مناقض لما ذكره فى الظهيرية والعمادية وغيرهما من أنه يشترط ذكر الجد الذى التقيا إليه وقد مثل له فى الظهيرية مثالا ولم يذكر اسم أب الجد ولا اسم جده ، لكن أفتى الإمام أبو السعود باشتراط ذكر الأب كما ذكره اليشمقجى فى فتاويه، وأظن أن الرحيمية(١) اشترط ذلك بناء على قولهم كصاحب التنوير وغيره : إذا كانت الدعوى على غائب يشترط ذكر أبيه وجده ، وإن حكم بدون ذكر الجد نفذ وأنه ظن أن الدعوى على الجد الذى التقيا إليه والحال أن الدعوى على الميت الذى يطلبون إرثه فتنبه اهـ .

قال فى الدرر : قال أحد الورثة : لادعوى لى فى التركة لاتبطل دعواه ، لأن ماثبت شرعا من حق لازم لايسقط بالإسقاط ، كما لو قال لست ابنا لأبى قال ذو اليد ليس هذا لى ونحوه : أى ليس ملكى ولاحق لى فيه ونحو ذلك ولا منازع ثمة ثم ادعاه فقال : أى ذو اليد هو لى صح والقول قوله ؛ لأن هذا الكلام لم يثبت حقا لأحد ، لأن الإقرار للمجهول باطل والتناقض إنما يبطل إذا تضمن إبطال حق على أحد ، ولو كان ثمة منازع كان إقرارا له فى رواية وهى رواية الجامع الصغير ، وفى أخرى لاوهى رواية دعوى الأصل ، لكن قالوا : القاضى يسأل ذا اليد أهو ملك المدعى ؟ فإن أقر به أمره بالتسليم إليه ، وإن أنكر أمر المدعى بإقامة البينة عليه ولو قاله : أى قال ليس هذا لى ونحوه الخارج لايدعى ذلك الشىء بعده للتناقض وإنما لم يمنع ذو اليد على مامر لقيام اليد كذا فى العمادية .

أقول ، لكن قيده فى جامع الفصولين بما إذا قال ذلك مع وجود النزاع ، أما لو قاله قبل النزاع فعلى الخلاف على عكس ذى اليد ، وقوله لقيام اليد وهو دليل الملك فنفى الملك عن نفسه من غير إثبات للغير لغو .

وفى الدرر أيضا : ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم أن النسب بخلافه ، إن قضى بالأول لم يقض به وإلا تساقطا للتعارض وعدم الأولوية (قوله مالم يذكر اسم الجد) بخلاف الأخوة فإنها تصح بلا ذكر الجد كما فى الدرر .

واعلم أن دعوى الأخوة ونحوها مما لو أقر به المدعى عليه لا يصح مالم يدع قبله مالا .

قال فى الولوالجية : ولو ادعى أنه أخوه لأبويه فجحد فإن القاضى يسأله ألك قبله ميراث تدّعيه أو نفقة أو حق من الحقوق التى لا يقدر على أخذها إلا بإثبات النسب ، فإن كان كذلك يقبل القاضى ببينته على إثبات النسب وإلا فلا خصومة بينهما، لأنه إذا لم يدّع ما لا لم يدع حقا لأن الأخوّة المجاورة بين الأخوين فى الصلب

(١) (قوله الرحيمية) هكذا بالأصل ، فليحرر .

ولو برهن أنه أقر أنى ابنه تقبل لثبوت النسب بإقراره : ولا تسمع إلا على خصم هو وارث أو دائن أو مديون أو موصى وله لو أحضر رجلا ليدعى عليه حقا لأبيه وهو مقربه أولا فله إثبات نسبه بالبينة عند القاضى بحضرة ذلك الرجل .

ولو ادعى إرثا عن أبيه ، فلو أقر به أمر بالدفع إليه ولا يكون قضاء على الأب ، حتى لو جاء حيا يأخذه من الدافع والدافع على الابن ولو أنـكر قيل للابن برهن على موت أبيك وأنك وارثه ولا يمين والصحيح تحليفه

أو الرحم : ولو ادعى أنه أبوه وأنـكر فأثبته يقبل ، وكذا عكسه وإن لم يدع قبله حقا ، لأنه لو أقر به صح فينتصب خصما وهذا لأنه يدعى حقا فإن الابن يدعى حق الانتساب إليه والأب يدعى وجوب الانتساب إلى نفسه شرعا . وقال عليه الصلاة والسلام : « من انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » اه ملخصا .

قال فى البزازية : ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه ، إن ادعى إرثا أونفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا ، حتى لو حضر الأب وأنـكر لا يقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب ، وإن لم يدّع مالا بل ادعى الأخوة المجردة لا يقبل لأن هذا فى الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والأب غائب أوميت لايصح ما لم يدع مالا ، فإن ادعى مالا فالحـكم على الغائب والحاضر جميعا كما مر ، بخلاف ما إذا ادعى رجل أنه أبوه أو ابنه وتمامه فيها (قوله ولو برهن الخ) مكرر مع ما قدمه قريبا (قوله تقبل لثبوت النسب بإقراره) أى ويزاحم الوارث المعروف ، ويظهر أن الأبوة مثل ذلك كما علمت مما مر .

بقى : فيما لم يثبت بإقراره فيشترط أن يدعى حقا آخر كإرث أو نفقة ، فلو برهنت أنه عمها مريدة النفقة منه فبرهن على زيد أنه أخوها برئ العم ، بخلاف دعوى الأبوة كما فى الهندية .

وقال فى جامع الفصولين : أقر ذو ابن بأن فلانا وارثه ثم مات الابن ثم المقر يأخذ المقر له المال يعنى بحكم الوصية لأن هذا وصية ، حتى لو قال هو قريبى ومات المقر عن زوجة أخذت الربع والباقى للمقر له اه وأشار بهذا إلى أنه لايلزم معرفة جهة القرابة وإلا فإنه لوادعى الإرث بالأخوة يلزم ، والله تعالى أعلم (قوله ولاتسمع) أى بينة الإرث كما فى الفصولين ، لـكن فى الأشباه تقبل الشهادة حسبة فى النسب .

ويمكن أن يوفق بينها وبين ما هنا فيما إذا لم يكن خصم ، كما لو ترك صغيرا وارثا فإن الشهادة حسبة تقبل ولا تكون التركة فى بيت المال ، بخلاف ما إذا حصل خصام من الورثة مع المدعى فلابد مما ذكر هنا (قوله وهو وارث) وكذا على الوصى نور العين (قوله أو دائن) أى على ما ذكره الخصاف وخالفه بعض المشايخ وانظر ما صورته ولعل صورته أن يدعى دينا على الميت وينصب له القاضى من يثبت فى وجهه دينه فحينئذ يصير خصما لمدعى الإرث ومثل ذلك يقال فى الموصى له تأمل .

ويمكن التصوير لهما : أى الوارث والدائن بأن يكون دفع القاضى التركة للدائن بدينه ثم حضر مدعى الإرث ونازع الدائن بأنه يريد استلام التركة ودفع جميع الدين إليه فأنكر الدائن أن يكون المدعى وارث الميت يكون خصما فى إثبات النسب (قوله فلو أقر) أى المدعى عليه (قوله به) أى بالبنوة بالموروث (قوله والدافع على الابن) على بمعنى من أو متعلق بمحذوف : أي ويرجع الدافع على الابن (قوله ولو أنكر) أى المدعى عليه دعوة البنوة (قوله والصحيح تحليفه) أى تحليف المنكر على العلم أى على أنه لا يعلم أنك ابن فلان ، فإذا

على العلم بأنه ابن فلان وأنه مات ثم يكلف الابن البينة بذلك ، وتمامه فى جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين .

(ولو كان) للصبى (مع مسلم وكافر فقال المسلم هو عبدى وقال الكافر هو ابنى فهو حر ابن الكافر) لنيله الحرية حالا والإسلام مآلا ، لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما لأن حكمه حكم دار الإسلام وعزاه للتحفة فليحفظ .

(قال زوج امرأة لصبى معهما هو ابنى من غيرها وقالت هو ابنى من غيره

أراد الولد أخذ المال كلف إقامة البينة على مدعاه (قوله على العلم) أى على نفى العلم (قوله بأنه ابن فلان) الظاهر أن تحليفه على أنه ليس بابن فلان إنما هو إذا أثبت المدعى الموت وإلا فلافائدة فى تحليفه إلا على عدم العلم بالموت تأمل (قوله ثم يكلف الابن الخ) أى إن حلف ، وإن نكل يكون مقرا ، فإن كان منكرا للمال يحلف عليه (قوله وتمامه فى جامع الفصولين) حيث قال : ولو نكل يصير مقرا بنسب وموت ، وصار كما لو أقر بهما صريحا وأنكر المال ، ولو كان كذلك لايجعل القاضى الابن خصما فى إقامة البينة على إثبات المال ولكن يجعله خصما فى حق التحليف على المال وأخذه منه فيحلفه بتا (قوله من الفصل السابع والعشرين) صوابه الثامن والعشرين (قوله هو عبدى) قيد به لأنه لو قال هو ابنى يقدم المسلم (قوله والإسلام مآلا) لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل، وفى العكس يثبت الإسلام تبعا ، ولا يحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها درر .

واستشكله الأكمل بمخالفته لقوله تعالى — ولعبد مؤمن خير من مشرك — ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الألفة مع الكفار مانع قوى، ألا ترى أن آباءه كفروا مع ظهور أدلة التوحيد، ويؤيده أن الذمية المطلقة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده . وأجاب بأن قوله تعالى — ادعوهم لآبائهم — يوجب دعوة الأولاد لآبائهم ، ومدعى النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وكفر الآباء جحود والأصل عدمه ، ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر فى الآفاق . وأما الحضانة فتركها لا يلزم منه رق اه ، بخلاف ترك النسب هنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة اه .

أقول : لكن بعد استدراك الشارح الآتى عن ابن كمال بأنه يكون مسلما فلا إشكال وإن اعترض عليه فإنك ستسمع الاعتراض والجواب . قال فى شرح الملتقى : وهذا إذا ادعياه معا ، فلو سبق دعوى المسلم كان عبدا له ، ولو ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه (قوله لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما) أى تبعا للدار وابنا للكافر بالدعوة كما صرح به فيه لأن حكمه حكم دار الإسلام ، وفيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الأبوين ح .

قلت : يخالفه ما ذكروا فى اللقيط لو ادعاه ذمى يثبت نسبه منه وهو مسلم تبعا للدار ، وتقدم فى كتابه عن الولوالجية : ولا يقال إن تبعية الدار إنما تكون عند فقد الأبوين لأن تبعيته قبل ثبوت أن الذمى أب له حيث كان فى يد المسلم والكافر يتنازعان فيه ، وهو قول فى غاية الحسن وإن كان مخالفا الظاهر تعليل الهداية وغيرها فليتبصر (قوله قال زوج امرأة لصبى معهما) أى فى يدهما احترز به عما لو كان فى يد أحدهما .

قال فى التاترخانية : وإن كان الولد فى يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيهما ، وقيد بإسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه، لما فيها أيضا عن المنتقى: صبى فى يد رجل وامرأة قالت المرأة هذا ابنى من هذا الرجل

فهو ابنهما) إن ادعيا معا وإلا ففيه تفصيل ابن كمال وهذا (لو غير معبر وإلا)بأن كان معبرا (فهو لمن صدقه)

وقال ابني من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة ، فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكانت زوجته بهذه الشهادة ، وإن كان في يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه وشهدت امرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه لأنه في يده ، واحترز عما فيها أيضا : صبي في يد رجل لايدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ولم تسمّ أباه وأقام رجل أنه ولد في فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ولايعتبر الترجيح باليد ، كما لو ادعاه رجلان وهو في يد أحدهما فإنه يقضى لذى اليد (قوله فهو ابنهما) لأن كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه ولا رجحان لأحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه فيكون ابنهما ، هذا إذا كان لا يعبر عن نفسه وإلا فهو لمن صدقه عيني (قوله إن ادعيا) هذا إذاكان النكاح بينهما ظاهرا ، وإن لم يكن ظاهرا بينهما يقضى بالنكاح بينهما هندية عن شرح الطحاوى (قوله وإلا ففيه تفصيل ابن كمال) حيث قال وإلا فعلى التفصيل الذى فى شرح الطحاوى ولم يبين ذلك التفصيل ، وظاهر إطلاق المتون والشروح أنه لا فرق بين أن يدعيا معا أو متعاقبا وهى الموضوعة لنقل المذهب فليكن العمل عليها ولأن مايدعيه أحدهما غير ما يدعيه الآخر إذ هو يدعى أبوته وهى تدعى الأمومة ولا ينافى إحدى الدعوتين الأخرى ، غير أن كلا يكذب صاحبه فى حق لايدعيه لنفسه فيلغو قوله ولا يعتبر السبق فيه والله تعالى أعلم .

قال فى الهندية : ولو ادعى الزوج أولا أنه ابنه من غيرها وهو فى يديه يثبت النسب من غيرها فبعد ذلك إذا ادعت المرأة لايثبت النسب منها ، وإن ادعت المرأة أولا أنه من غيره وهو فى يدها فادعى الرجل أنه ابنه من غيرها بعد ذلك ، فإن كان بينهما نكاح ظاهر لايقبل قولها فهو ابنهما ، وإن لم يكن بينهما نكاح ظاهر فالقول قولها ، ويثبت نسبه منها إذا صدّقها ذلك الرجل ، هذا إذا كان الغلام لايعبر عن نفسه أما إذا كان يعبر عن نفسه وليس هناك رقّ ظاهر فالقول قول الغلام أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه كذا فى السراج الوهاج ، وأوضحه فى العناية إيضاحا حسنا حيث قال : إذا ادعت امرة صبيا أنه ابنها فإما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة ، فإن كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة إلى حجة وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بالحجة ، وشهادة القابلة كافية لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة وإن كانت معتدة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أى وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج . وقالا : يكفى فى الجميع شهادة امرأة واحدة ، وقد مر فى الطلاق : وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها ، وفى هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ، ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أولا .

والفرق هو أن الأصل أن كل من ادعى أمرا لايمكنه إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة ، وكل من ادعى أمرا يمكن إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما اهـ (قوله وهذا لو غير معبر) أى إذا كان الغلام لا يعبر عن نفسه (قوله فهو لمن صدقه) أى فالقول قول الغلام أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه ، فلو لم يصدقهما جميعا

لأن قيام أيديهما وفراشهما يفيد أنه منهما .

(ولو ولدت أمة اشتراها فاستحقت غرم الأب قيمة الولد) يوم الخصومة لأنه يوم المنع (وهو حر) لأنه مغرور ، والمغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق فلذا قال (وكذا) الحكم (لو ملكها بسبب آخر) أى سبب كان عينى

فالظاهر أن العبرة لقوله ط (قوله لأن الخ) علة لقوله فهو ابنهما فكان الأولى تقديمه على قوله وإلا وأما كونه لمن كان صدقه إذا كان معبرا فعلته أنه فى يد نفسه (قوله ولو ولدت أمة) أى من المشترى وادعى الولد حموى (قوله غرم الأب قيمة الولد) ولا يغرم الولد حتى لو كان الأب ميتا تؤخذ من تركته ، وولاؤه للمستحق عليه لأنه علق حر الأصل وإنما قدر الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعدو محلها (قوله يوم الخصومة) لا يوم القضاء ولا يوم الولادة . وقال الطحاوى : يغرم قيمة الولد يوم القضاء ، وإليه يشير قوله لأنه يوم المنع أى منع الوالد من المستحق ، لكن فى حاشية الشيخ حسن الشرنبلالى ما يخالفه حيث فسر يوم التخاصم بيوم القضاء واستدل عليه بعبارة الزيلعى وشرح الطحاوى ، ولا شك أن المغايرة بينهما أظهر لا حتمال تأخر القضاء عن التخاصم بأن لم يقم المستحق البينة فى يوم دعوى الاستحقاق بل فى يوم آخر وكان بين اليومين تفاوت بالقيمة يؤيده أن قول الطحاوى صريح فى المغايرة بين يومى التخاصم والقضاء إلا أن يقال الجمع بينهما ممكن تأمل (قوله وهو حر) أطلقه ولكن هذا إذا كان حرا ، أما إذا كان مكاتبا أو عبدا مأذونا له فى التزوج يكون ولده عبدا أى قنا للمستحق عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد ، وهو حر بالقيمة عنده ، وباقى التفصيل مذكور فى بابه (قوله لأنه مغرور) أى والأمة ملك للمستحق والولد جزؤها فاستوجب المستحق النظر إليه والمغرور معذور ، وقد بنى الأمر على سبب صحيح فوجب الجمع بين النظرين مهما أمكن وذلك بجعل الولد حر الأصل فى حق الأب ورقيقا فى حق المستحق لأن استحقاق الأصل سبب استحقاق الجزء فيضمن الأب قيمته يوم الخصومة .

واعلم أن ولد المغرور حر الأصل من غير خلاف ، ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا فى كيفية الضمان ، فقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه : يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ، يعنى إذا كان الولد غلاما فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها . وقال على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه : قيمته ، وإليه ذهب أصحابنا ، فإنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يضمن بالمثل ، وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ، ولأن النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الأصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما عناية (قوله فلذا قال) أى لكون المغرور من اعتمد فى وطئه على ملك يمين الخ أى ولم يقيد بالشراء ، فعلم أن قول المصنف أولا اشتراها اتفاقى (قوله وكذا الحكم لو ملكها بسبب آخر) كما لو ملكها أجرة عين له آجرها أو اتهبها أو تصدق بها عليه أو أوصى له بها إلا أن رجوع المغرور بما ضمن لا يعم هذه الصور ، بل يقتصر على المشتراة والمجعولة أجرة والمنكوحة بشرط الحرية لا الموهوبة والمتصدق بها والموصى بها أفاده أبو السعود (قوله عينى) حيث قال : النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الأصل فى حق الأب رقيقا فى حق المستحق فيضمن قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع ، ويجب على الأب دون الولد ، حتى لو كان الأب ميتا تؤخذ من تركته ولا ولاء للمستحق عليه لأنه علق حر الأصل ، وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء ، وكذا إذا تزوجها على أنها حرة فولدت ثم استحقت ، روى ذلك عن عمر رضى الله تعالى عنه فى النكاح . وعن على رضى الله تعالى عنه فى الشراء بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم

(كما لو تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت) غرم قيمة ولده (فإن مات الولد قبل الخصومة فلا شيء على أبيه) لعدم المنع كما مر (وإرثه له) لأنه حر الأصل فى حقه فيرثه (فإن قتله أبوه أو غيره) وقبض الأب من ديته قدر قيمته (غرم الأب قيمته) للمستحق كما لو كان حيا : ولو لم يقبض شيئا لا شيء عليه ،وإن قبض أقل لزمه بقدره عيني (ورجع بها) أى بالقيمة فى الصورتين (ك) ما يرجع بـ (ثمنها) ولو هالكة (على بائعها)

من غير نكير فكان إجماعا اه (قوله كما لو تزوجها على أنها حرة) أى بأن كان المزوّج وليا أو وكيلا عنها، وهذا بخلاف ما إذا أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهر أنها مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر إلا فى ثلاث مسائل : منها إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد ، وتمامه فى باب المرابحة والتولية وفى باب الاستحقاق (قوله غرم قيمة ولده) أى ويرجع ذلك على المخبر كما مر فى آخر باب المرابحة (قوله وارثه له) أى لو مات الولد وترك مالا فهو لأبيه ولا يغرم شيئا لأن الإرث ليس بعوض عن الولد فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الإرث كسلامته (قوله لأنه حر الأصل) فإن قلت : إنه ظهر منه أنه رقيق فى حق المستحق فوجب أن تكون التركة بينهما ، قلت : بل هو حر فى حق المستحق أيضا ، حتى لو لم يكن له ولاء فيه(١) وإنما جعل رقيقا ضرورة القضاء بالقيمة ، وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها كما فى الشروح ، فظهر أن معنى قوله لأنه حر الأصل فى حقه أنه حر فى جميع الأحكام من كل وجه فى حق غير المستحق ، وفى حق المستحق إنما هو رقيق فى حق الضمان (قوله فإن قتله أبوه) إنما غرم لأن المنع تحقق بقتله (قوله غرم الأب قيمته للمستحق) لوجود المنع منه فيما إذا كان هو القاتل ولقبضه بدله فيما إذا كان القاتل غيره فلذا لا يؤخذ منه فوق ما قبض كما سيأتى ، بخلاف ميراث الولد فإنه ليس بدلا عنه بل آل إليه خلافة عنه كما هو طريقة الإرث وهو حر الأصل فى حقه والغرامة فى ماله لو كان الولد حيا لافى مال الولد وهو لم يمنعه ولا بدله فلا شيء عليه (قوله لا شيء عليه) لأن المنع لايتحقق فيما لم يصل إليه (قوله لزمه بقدره) اعتبارا للبعض بالكل (قوله فى الصورتين) أى صورتى الملك والتزوج ، أما فى صورة الملك فلأن البائع صار كفيلا بما شرطه من البدل لوجوب سلامة البدلين فى البيع ولما سلم الثمن للبائع وجب سلامة المبيع للمشترى ، وذلك بجعل البائع كفيلا لتملكه البدل ، ولأنه ضمن سلامتها من عيب والاستحقاق عيب. وأما فى صورة النكاح فلأن الاستيلاد مبنى على التزوج وشرط الحرية صار كوصف لازم للتزوج فنزل ، أى المزوج قائلا : أنا كفيل بما لزم فى هذا العقد ، بخلاف ما إذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبر به هى وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقا ، ولا يرجع على المخبر بشيء لأن الإخبار سبب محض ، لأن العقد حصل باختيار الرجل والمرأة ، وإنما يؤخذ حكم العلة بالغرور وذلك بأحد أمرين : بالشرط أو بالمعاوضة كما فى المقدسى ، وهذا ظاهر فيما إذا أرجعنا الصورتين إلى ماذكرنا ، أما إذا أرجعنا الصورتين إلى قوله فإن قتله أبوه أوغيره كما فى الشرنبلالية فلا يظهر فيما إذا قتله الأب لأنه ضمان إتلاف فكيف يرجع بما غرم وقد صرح الزيلعى بذلك أى بالرجوع فيما إذا قتله غيره وبعدمه بقتله ، والأولى إرجاع الصورتين إلى ما إذا استولدها وما إذا قتله غير الأب فتأمل (قوله ولو هالكة) يعنى إذا هلكت عند المشترى فضمنه أى المستحق قيمتها وقيمة الولد فإنه يرجع على البائع بثمنها وبقيمة الولد لا بما ضمن من قيمتها ، لأنه لما أخذ المستحق قيمتها صار كأنه أخذ عينها ، وفى أخذ العين لا يرجع إلا بالثمن فكذا فى أخذ القيمة .

---

(١) (قوله حتى لو لم الخ) هكذا بالأصل ، ولعل الظاهر إسقاط لو فليحرر .

وكذا لو استولدها المشترى الثانى ، لكن إنما يرجع المشترى الأول على البائع الأول بالثمن فقط كما فى المواهب وغيرها (لابعقرها) الذى أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعها كما مر فى بابى المرابحة والاستحقاق مع مسائل التناقض ، وغالبها مر فى متفرقات القضاء ويجىء فى الإقرار .

[فروع] التناقض فى موضع الخفاء عفو .

والحاصل أن المستحق يأخذها لو قائمة وقيمتها لو كانت هالكة . ويرجع بذلك على بائعه لأنه بعقد البيع ضمن له السلامة بخلاف الواهب أو المعير لو هلكت فى يده فضمنه المستحق قيمتها لأنهما محسنان وما على المحسنين من سبيل فلا يرجع عليهما كما ذكرنا (قوله وكذا لو استولدها المشترى الثانى) فإن المشترى الثانى يرجع على المشترى الأول بالثمن وبقيمة الولد (قوله لكن إنما يرجع المشترى الأول على البائع الأول بالثمن فقط) ولا يرجع بقيمة الولد عند الإمام . وقالا : يرجع عليه بقيمة الولد أيضا ، لأن البائع الأول ضمن للثانى سلامة الولد فى ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما فى الثمن والرد بالعيب .

ولأبى حنيفة أن البائع الأول ضمن للمشترى سلامة أولاده دون أولاد المشترى منه لأن ضمان السلامة إنما يثبت بالبيع والبيع الثانى لا يضاف إليه وإنما يضاف إلى البائع الثانى لمباشرته باختياره فينقطع به سبب الأول ، بخلاف الثمن لأن البائع الأول ضمن للبائع الثانى سلامة المبيع ولم يسلم له فلا يسلم للبائع الثمن ، وبخلاف الرد بالعيب لأن المشترى الأول استحقه سليما ولم يوجد اهـ منح (قوله كما فى المواهب) وعبارتها : ولو استحقت أمة بعدما استولدها المشترى الثانى غرم العقر وقيمة الولد وقت الخصومة ، ويرجع بالثمن وقيمته على البائع وهو يرجع بالثمن فقط انتهى (قوله لابعقرها) أى لا يرجع بالعقر الذى أخذه منه المستحق لأنه لزمه باستيفاء منافعها : أى منافع بضعها وهو الوطء وهى ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته صدر الشريعة ، وقوله باستيفاء منافعها على حذف مضاف أى منافع بضعها ، دل على ذلك قول الزيلعى : العقر عوض عما استوفى من منافع البضع ، فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا ، وقال الشافعى : يرجع بالعقر أيضا على البائع (قوله التناقض فى موضع الخفاء عفو) فى الأشباه : يعذر الوارث والوصى والمتولى للجهل اهـ ، لعله لجهله بما فعله المورث والموصى والمولى .

وفى دعوى الأنقروى فى التناقض المديون بعد قضاء الدين أو المختلفة بعد أداء بدل الخلع : لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وبرهن على إبراء الدين يقبل ، ثم نقل أنه إذا استمهل فى قضاء الدين ثم ادعى الإبراء لايسمع سائحانى ، وقدمنا نظيره ومنه الإقرار بالرضاع ، فلو قال هذه رضيعتى ثم اعترف بالخطأ يصدق فى دعواه الخطأ ، وله أن يتزوجها بعد ذلك وهذا مشروط بما إذا لم يثبت على إقراره بأن قال هو حق أو صدق أو كما قلت أو أشهد عليه بذلك شهودا أو ما فى معنى ذلك من الثبات اللفظى الدال على الثبات النفسى ، واتفقت فى ذلك مباحث طويلة الذيول لا يحتمل هذه الأوراق إيرادها ، والعذر للمقر فى رجوعه عن ذلك لأنه مما يخفى عليه ، فقد يظهر بعد إقراره خطأ الناقل .

ومنها تصديق الورثة الزوجة على الزوجية ودفع الميراث لها ثم دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه حيث تسمع دعواهم لقيام العذر فى ذلك لهم حيث استصحبوا الحال فى الزوجية وخفيت عليهم البينونة .

ومنها إذا أدى المكاتب بدل الكتابة ثم ادعى العتق قبل الكتابة قبل لأنه يخفى عليه العتق .

ومنها ما إذا استأجر دارا ثم ادعى ملكها على المؤجر وأنها صارت إلى المستأجر ميراثا عن أبيه إذ هو مما يخفى.

ومنها ماإذا استأجر ثوبا مطويا فى جراب أو منديل أو غير ذلك فلما نشره قال هذا متاعى تسمع دعواه وتقبل بينته ، فالدعوى مسموعة مع التناقض فى جميع هذه الصور مطلقا لمطلق العذر على الراجح المفتى به . ومن المشايخ من اعتبر التناقض فى جميع هذه الصور فمنع سماع الدعوى إذا تقدم ماينافيها إلا فى مسألة الرضاع ومسألة إكذاب القاضى المدعى فى التناقض السابق ، وهى ما إذا أمر إنسانا بقضاء دينه فزعم المأمور أنه قضاء عن أمره وصدقه الآمر وكان الإذن بالقضاء مشروطا بالرجوع فرجع المأمور على الآمر بالمال الذى صدقه على أدائه للدائن فجاء رب الدين بعد ذلك وادعى على الآمر المديون بدينه وأن المأمور لم يعطه شيئا وحلف على ذلك يقضى له القاضى على الآمر بأداء الدين فإذا أداه ثم ادعى الآمر على المأمور بماكان رجع به عليه بحكم تصديقه ، فهل الدعوى مسموعة مع التناقض لأن القاضى أكذب المدعى الذى هو الآمر فيما سبق منه من تصديق المأمور حيث قضى عليه بدفع الدين إلى الدائن والحال ماذكر مانعا من الرجوع عليه بالمال ؟ ثم قال : وهل يشترط فى صحة سماع الدعوى إبداء المدعى عذره عند القاضى والتوفيق بين الدعوى وبين ماسبق ، أو لايشترط ذلك ويكتفى القاضى بإمكان العذر والتوفيق ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى فراجعه .

ومما يتصل بهذا الفرع أعنى قوله التناقض فى موضع الخفاء عفو ماذكره فى جامع الفصولين : قدم بلدة واستأجر دارا فقيل له هذه دار أبيك مات وتركها ميراثا لك فادعاها المستأجر وقال ماكنت أعلم بها لاتسمع للتناقض .

أقول : ينبغى أن تسمع فيه وفى أمثاله إذ التناقض إنما يمنع مالم يوفق أو لم يمكن توفيقه . وأما إذا وفق فينبغى أن تسمع إذ لاتناقض حينئذ حقيقة . أما لو أمكن توفيقه ولكن لم يوفق ففيه اختلاف ، ونص فى هذا وغيره على أن الإمكان يكفى اه وقدمنا أنه فى محل الخفاء لايكفى الإمكان وإلا فلا بد منه .

قال الخير الرملى : والظاهر أن صاحب الفصولين لم يطلع على نص صريح يفيد سماعها ، وقد ظفرت به فى البحر الرائق فى باب الاستحقاق ، وفى شرح قوله لا الحرية والنسب والطلاق حيث قال : وفى العيون : قدم بلدة واشترى أو استأجر دارا ثم ادعاها قائلا بأنها دار أبيه مات وتركها ميراثا وكان لم يعرفه وقت الاستيام لايقبل والقبول أصح اه ذكره الغزى .

أقول : قوله أقول الخ لايدل على عدم اطلاعه بل هو اختيار منه لما هو الأصح وتعليل له . وأقول : قوله واشترى يدل على أنه لو قاسم فهو كذلك ، وهى واقعة الفتوى . قاسم عمرو كرما ثم اطلع على أن الجميع اوالده غرسه بيده ثم مات وتركه له ميراثا ولم يعلم بذلك وقت القسمة ، وسيأتى ماهو أدل فليتأمل . والظاهر أن قوله قدم بلدة ليس بقيد بل لأنه غالبا محل الخفاء ، وإذا كان مقيما لايخفى غالبا ، يؤيده ماقدمه من قوله شراه أبى فى صغرى فتأمل اه .

وفى الفصولين فى الفصل الثامن والعشرين : دفع الوصى جميع تركة الميت إلى وارثه وأشهد على نفسه أنه قبض منه جميع تركة والده ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا استوفاه ثم ادعى دارا فى يد الوصى أنها من تركة والدى ولم أقبضها قال أقبل بينته وأقضى بها له ، أرأيت إن قال قد استوفيت جميع ماتركه والدى من دين على الناس وقبضت كله ثم ادعى دينا على رجل لأبيه ألا أقبل بينته وأقضى له بالدين اه .

وفى البزازية : لو أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكر وإلا تسمع دعواه ، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه .

وفيها : لو قال تركت حتى من الميراث أو برئت منها ومن حصتى لايصح وهو على حقه لأن الإرث جبرى لايصح تركه اه .

وفى الخانية : فى الوصايا من تصرفات الوصى : أشهد اليتيم على نفسه بعد البلوغ أنه قبض من الوصى جميع تركة والده ولم يبق له من تركة والده عنده من قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى فى يد الوصى شيئا وقال هو من تركة والدى وأقام البينة قبلت بينته ، وكذا لو أقر الوارث أنه قد استوفى جميع ماترك والده من الدين على الناس ثم ادعى لأبيه دينا على رجل تسمع دعواه اه . وقول قاضيخان أشهد اليتيم على نفسه أنه قبض تركة والده .

أقول : ذكر الطرسوسى فى شرح فوائده المنظومة قلت : انتقض قولهم إن النكرة فى سياق النفى تعم ، لان قوله لم يبق حق نكرة فى سياق النفى ، فعلى مقتضى القاعدة لاتصح دعواه بعد ذلك لتناقضه والمتناقض لاتسمع دعواه ولا بينته اه .

أقول : إنما اغتفر مثله لأنه محل الخفاء بكونه لايحيط علمه بما ترك والده بل قد يخفى عليه ذلك فيعفى التناقض تأمل .

وأقول : قد حرر سيدى الوالد رحمه الله تعالى المسألة برسالة سماها [إعلام الأعلام بأحكام الإبراء العام] وفق فيها بين عبارات متعارضة ورفع مافيها من المناقضة .

وحاصل مافيها الفرق بين إقرار الابن للوصى وبين إقرار بعض الورثة للبعض ، لما فى البزازية عن المحيط لو أبرأ أحد الورثة الباقى إلى آخر عبارتها المتقدمة .

ووجه الفرق بينهما أن الوصى هو الذى يتصرف فى مال اليتيم بلا اطلاعه فيعذر إذا بلغ وأقر بالاستيفاء منه لجهله ، بخلاف بقية الورثة فإنهم لاتصرف لهم فى ماله ، ولا فى شىء من التركة إلا باطلاع وصيه القائم مقامه فلا يعذر بالتناقض، ومن أراد مزيد البيان ورفع الجهالة فعليه بتلك الرسالة ففيها الكفاية لذوى الدراية (قوله لاتسمع الدعوى) أى من أى مدّع كان كغريم دائن ومودع هذا . وقد تقدم أن دعوى أنه وارث تسمع على الدائن والمديون (قوله على غريم ميت) بالإضافة ، والمراد به دائن الميت كما هو المتبادر من البيرى . واستظهر الحموى أنه مديون الميت .

والحاصل أنه إذا ادعى قوم على الميت ديونا وأرادوا أن يثبتوا ذلك فليس لهم أن يثبتوا على غريم للميت عليه دين ولا على موصى له بل لابد من حضور وارث أو وصى .

قال فى البزازية : وإثبات الدين على من فى يده مال الميت هل يصح ؟ اختلف المشايخ . وصورته : المريض مرض الموت وهب كل ماله فى مرضه أو أوصى بجميع ماله ثم ادعى رجل دينا على الميت ؟ قال السعدى : نصب القاضى وصيا وسمع الخصومة عليه . وقال شمس الأئمة : يسمع على من فى يده المال اه . ومن هنا تعلم أن قوله الآتى زائدا صوابه ذا يد كما هو فى أصل عبارة الأشباه .

وفى البحر : واختلف المشايخ فى إثبات الدين على من فى يده مال الميت وليس بوارث ولا وصى ، ولا تسمع دعوى دين على ميت على غريم الميت مديونا أو دائنا اه .

وفى حاشية الأشباه للحموى : واستثناء الموهوب له من غريم الميت منقطع ، إذ ليس هو من الغرماء حتى يكون متصلا .

إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبى وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه زائدا .
لا يجوز للمدعى عليه الإنكار مع علمه بالحق إلا فى دعوى العيب ليبرهن فيتمكن من الرد ، وفى الوصى

وفى البزازية : تقبل بينة إثبات الدين على الميت على الموصى له أو مديون الميت أو الوارث أو الذى له على الميت دين ومثله فى العطائية .

وفى قاضيخان من الوصايا : رجل مات وعليه دين محيط بماله . قال أبو بكر : الوارث لايصير خصما للغرماء لأنه لايرث . وقال على بن محمد : الوارث يصير خصما ويقوم مقام الميت فى الخصومة وبه نأخذ . ثم قال : والصحيح أن يكون الوارث خصما لمن يدعى الدين على الميت وإن لم يملك شيئا .

وفى البزازية أيضا : والخصم فى إثبات كونه وصى الوارث أو الموصى له أو مديون الميت أو دائنه ، وقبل الدائن ليس بخصم .

قال فى نور العين من الخامس : لاتقبل دعوى من يدعى على ميت بحضرة رجل يدعى أنه وصى الميت وأقر المدعى عليه بالوصاية اه . فتبين من هذا أن الدعوى إنما تسمع على وصى محقق .

وفيه من السادس فى دعوى دين على الميت : يكفى حضور وصيه أو وارثه ، ولا حاجة إلى ذكر كل الورثة اه .

وعبارة الأشباه : لاتسمع الدعوى بدين على ميت لاعلى وارث أو وصى أو موصى له ، ولا تسمع على غريم له كما فى جامع الفصولين إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبى وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه ذا يد كما فى خزانة المفتين انتهى ، فعلى هذا قوله غريم ميت تركيب إضافى بمعنى اللام .

[فرع] قال فى خزانة الأكمل : لو مات رجل فى بلد بعيد وترك ما لا وادعى رجل عليه دينا وورثته فى بلد منقطع عنه فإن القاضى ينصب له وصيا ويسمع بينته ويقضى له بالدين ، ولو لم يكن منقطعا لا تسمع بينته على غير الوارث انتهى (قوله إلا إذا وهب الخ) صورته : رجل وهب جميع ماله لإنسان وسلمه إياه ثم مات فادعى عليه آخر أن هذه العين له أو أنه له على الميت كذا من الدين فإنها تسمع دعواه عليه لأن فى الأولى العين التى يدعيها فى يد الموهوب له ، وفى الثانية الدين متعلق بالتركة وهى فى يده ، لكن فى الثانية يشترط أن تكون الهبة فى مرض الموت لأن الدين إنما يتعلق بها فيه ، فعلم أن الاستثناء هنا منقطع لأن الموهوب له ليس بغريم . وفى البزازية أن الموصى له بجميع المال أو بما زاد على الثلث خصم لعدم الوارث لأن استحقاق الزائد على الثلث من خصائص الوارث فيلحق بالوارث حموى (قوله لكونه زائدا) أى على الثلث كما تقدم وفى نسخة ذايد : أى صاحب يد وقد علمت توجيهه وإن كان الأول صوابا أيضا كما ذكر فى البزازية (قوله لا يجوز للمدعى عليه الإنكار الخ) قال بعض الفضلاء يلحق بهذا مدعى الاستحقاق للمبيع فإنه ينكر الحق حتى يثبت ليتمكن من الرجوع على بائعه ، ولو أقر لايقدر .

وأيضا ادعاء الوكالة أو الوصاية وثبوته لا يكون إلا على وجه الخصم الجاحد كما ذكره قاضيخان ، فإن أنكر المدعى عليه ليكون ثبوت الوكالة والوصاية شرعا صحيحا يجوز فيلحق هذا أيضا بهما ، ويلحق بالوصى أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين فإنه لو أقر بالحق يلزمه الكل من حصته ، وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم حموى (قوله ليبرهن فيتمكن من الرد) لأنه إن قبله بغير قضاء لم يكن له الرد والظاهر أن هذا فيما إذا كان بائعه تملكه بالشراء من آخر ، أما إذا كان موروثا أو موهوبا أوموصى به أونتاجا فلا ينكر

إذا علم بالدين .

لاتحليف مع البرهان إلا فى ثلاث : دعوى دين على ميت ، واستحقاق مبيع ، ودعوى آبق .

الإقرار لا يجامع البينة إلا فى أربع :

البتة . وصورته أن لا يكون عالما بالعيب قبل البيع وإلاكان راضيا به فلا يتمكن من الرد (قوله إذا علم بالدين) فإنه لو أقر يلزمه ولا يرجع ، بخلاف ما إذا أنكر وأقيمت البينة زاد أبو السعود أو إذا علم الوصى بالنسب كما فهمه من عبارة الحانوتى فى فتاواه (قوله لا تحليف مع البرهان) قيل عليه : لو قال مع البينة لكان صوابا إذ لاتحليف مع الإقرار بعين وهو برهان اه . والجواب أن المطلق محمول على الفرد الكامل وهو البينة اه (قوله دعوى دين على ميت) فى أوائل دعوى التنقيح : أجمعوا على أن من ادعى ديناعلى الميت يحلف بلاطلب وصي ووارث : بالله ما استوفيت دينك منه ولا من أحد أداه عنه وما قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئا منه ، ولا أحلت به ولا بشىء منه على أحد ولا عندك ولا بشىء منه رهن ، فإذا حلف أمر بالدفع إليه وإن نكل لم يؤمر بالدفع إليه خلاصة ، فلو حكم القاضى بالدفع قبل الاستحلاف لم ينفذ حكمه ، وتمامه فيها .

وفيها عن البحر : ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغى أن يحلف احتياطا ، لكن رده الرملى بأنه فى مسالة دفع الدين شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى احتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال ، وقد استوفى فى باطن الأمر كما فى مدعى الدين ، وارتضاه سيدى الوالد رحمه الله تعالى بقوله : وكلام الرملى هو الأوجه كما لا يخفى على من تنبه ، وقدمناه بما لا مزيد عليه (قوله واستحقاق مبيع) يعنى إذا استحق المبيع بالبينة من المشترى فللمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما بعته ولا وهبته ولا تصدقت به ولا خرجت العين عن ملكك بوجه من الوجوه (قوله ودعوى آبق) أى دعوى تملك آبق .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : لعل صورتها فيما إذا ادعى على رجل أن هذا العبد عبدى أبق منى وأقام بينة على أنه عبده فليحلف أيضا لاحتمال أنه باعه تأمل .

ثم رأيت فى شرح هذا الشرح نقل عن الفتح هكذا . وعبارته قال فى الفتح : يحلف مدعى الآبق مع البينة بالله أنه باق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولاهبة ولا نحوها اه .

وصورةط : بما إذا حبس القاضى الآبق فجاءرجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلف بالله أنه باق فى ملكه ولم يخرج ببيع ولاهبة فإذا حلف دفعه إليه وذلك صيانةلقضائه عن البطلان ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر وموهوب له ويلحق بهذه المسائل ما إذا قامت البينة للغريم المجهول حاله بأنه معدم فلابد من يمينه أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن وإن وجد مالا يؤدى حقه عاجلا لأن البينة إنما قامت على الظاهر ولعله غيب ماله وما لو شهد الشهود أن له عليه دراهم سواء قالوا لا نعرف عددها ، أم لا تجعل ثلاثة ويحلف على نفى ما زاد عنها إذا كان المدعى يدعى الزيادة اه (قوله الإقرار لا يجامع البينة) لأنها لا تقام إلا على منكر ، وذكر هذا الأصل فى الأشباه فى كتاب الإقرار عن الخانية ، واستثنى منه أربع مسائل : وهى ما سوى دعوى الآبق ، وكذا ذكرها قبله فى كتاب القضاء والشهادات ولم يذكر الخامسة بل زاد غيرها وأوصلها إلى سبع وتأتى هنا مفصلة مع زيادة ثلاثة أخر ، وعليه فتكون عشرة .

قال فى جامع الفصولين : وهذا يدل على جواز إقامتها مع الإقرار فى كل موضع يتوقع الضرر من المقر لولاها فيكون هذا أصلا (قوله إلا فى أربع) الذى ذكره هنا خمسة ولكنها سبعة كما فى الحموى .

ملخصها أنه لا تسمع البينة على مقر إلا على وارث مقر بدين على الميت فتقام البينة للتعدى ، وفى مدعى

وكالة ووصاية ، وإثبات دين على ميت ، واستحقاق عين من مشتر ، ودعوى الآبق .
لا تحليف على حق مجهول إلا فى ست :

عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى ، وفى مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر . وفى الاستحقاق تقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه ، وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبى فأقر لايخرج عن الخصومة ولكن تقام البينة عليه مع إقراره ، بخلاف الوصى وأمين القاضى إذا أقر خرج عن الخصومة ، وفيما لو أقر الوارث للموصى له فإنها تسمع البينة عليه مع إقراره . وفيما لو أجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول البينة ، فإن كان الآجر حاضرا تقبل عليه البينة ، وإن كان يقر بما يدعى (قوله وكالة) يعنى لو أقر بوكالة رجل بقبض دين عليه لموكله فإن الوكيل يقيم بينته ، إذ لو دفعه بلا بينة يتضرر إذ لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل وكالته اه ط .

زاد الفاضل الحموى ثامنة وتاسعة نقلهما عن البدائع من كتاب القسمة . الثامن الورثة إذا كانوا مقرين بالعقار لا بد من إقامة البينة على بعضهم على قول أبى حنيفة. التاسع الأب أو الوصى إذا أقر على الصغير لابد من بينة تقام عليه مع كونه مقرا اه. وزاد بعض الفضلاء عاشرا: وهو ادعى على آخر عقارا أنه فى يده وهومستحق فأقر باليد تسمع بينته أنه ذو اليد مع إقراره اه (قوله ووصاية) يعنى إذا أقر المدعى عليه بالوصاية .

وصورته : رجل قال للقاضى إن فلان بن فلان الفلانى أقامنى وصيا ومات وله على هذا كذا أو فى يد هذا كذا فصدقه المدعى عليه فالقاضى لا يثبت وصايته باقراره حتى يقيم البينة عليها ، لأنه إذا دفع إليه المال اعتمادا على الإقرار فقط لا تبرأ ذمته من الدين إذا أنكر الوارث ، أما لو دفع بعد البرهان تبرأ ذمته أفاده صاحب تنوير الأذهان (قوله وإثبات دين على ميت) صورته : ادعى على بعض الورثة دين على الميت فأقر الوارث بالدين فإنه يستوفى من نصيبه قدر ما يخصه من الدين ، وللطالب أن يقيم بينة على حقه ليكون حقه فى كل التركة ، وكذا إذا أقر جميع الورثة تقبل بينته لأن المدعى يحتاج إلى إثبات الدين فى حقهم وحق دائن آخر .

وفى البيرى : اختلفوا فيما إذا أقر المدعى عليه بعد إقامة البينة هل يقضى عليه بالإقرار أو بالبينة ؛ قيل يقضى بالبينة لأنه بالإنكار وإقامة البينة استحق عليه الحكم فلا يبطل الحق السابق بالإقرار اللاحق، ولأن زيادة التعدى الثابتة بالبرهان حقه فلايؤثر الإقرار اللاحق فى بطلانه اه موضحا ط وقدمنا الكلام عليه (قوله واستحقاق عين من مشتر) فإن المشترى إذا أقر بالاستحقاق للمستحق لايتمكن من الرجوع بالثمن على بائعه ، فإذا أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك ، وقد تقدم أنه يسوغ له الإنكار مع العلم لأجل هذا التمكن ط ، لكن قد يقال مع الإقرار كيف يكون له الرجوع تأمل (قوله ودعوى الآبق) يعنى إذا ادعى على شخص أن العبد الذى عنده أبق منه ، وأقر واضع اليد بذلك فله أن يطالب البينة على ذلك لاحتمال أن الغير تملكه منه (قوله لا تحليف على حق مجهول) أى ادعى به مدع ، كما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة لم يحلف كما فى الخانية ، لكن أفتى قارئ الهداية بخلافه .

وعبارته : سئل إذا ادعى أحد الشريكين على آخر خيانة وطلب من الحاكم يمينه هل يلزم أم لا ، أجاب : إذا ادعى عليه خيانة فى قدر معلوم وأنكر فحلف عليه، فإن حلف برئ ، وإن نكل ثبت ما ادعاه ، وإن لم يعين مقدارا فكذا الحكم ، لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يبين مقدار ما كان فيه ، والقول فى مقداره إلى

إذا اتهم القاضي وصى يتيم ومتولى وقف وفى رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة مودع .
لايحلف المدعى إذا حلف المدعى عليه إلا فى مسألة فى دعوى البحر قال : وهى غريبة يجب حفظها أشباه .
قلت : وهى ما لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبى مائة وقال الغاصب لم أدر ولكنها لا تبلغ مائة صدق

المقر مع يمينه لأن نكوله كالإقرار بشيء مجهول ، والبيان فى مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على الأكثر ، ومثله المضارب مع رب المال (قوله إذا اتهم القاضى وصى يتيم ومتولى وقف) ولم يدع عليه شيئا معلوما فإنه يحلف نظرا لليتيم والوقف حموى (قوله وفى رهن مجهول) أى لو ادعى الراهن رهنا مجهولا أى كثوب مثلا فأنكر المرتهن فإنه يحلف ، وقيده بعض الفضلاء عازيا إلى القنية بما إذا ذكر المدعى قدر الدين الذى وقع به الرهن ط (قوله ودعوى سرقة) أقول : فيه نظر لما نقل قاضيخان من أنه يشترط ذكر القيمة فى الدعوى إذا كانت سرقة ليعلم أنها نصاب أولا ، فأما فيما سوى ذلك فلا حاجة إلى بيانها أبو السعود ، ولعل ذلك فى حق القطع لا الضمان كما يفيده كلامه ط .

قال فى جامع الفصولين : ادعى أعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم يذكر كلا على حدة ، اختلف فيه المشايخ : قيل لابد من التفصيل ، وقيل يكتفى بالإجمال وهو الصحيح إذ المدعى لو ادعى غصب هذه الأعيان لايشترط لصحة دعواه بيان القيمة ، فلو ادعى أن الأعيان قائمة فيؤمر بإحضارها فتقبل البينة بحضرتها ، ولو قال إنها هالكة وبين قيمة الكل تسمع دعواه .

وفى ج : ولو ادعى أنه غصب أمته ولم يذكر قيمتها تسمع دعواه ويؤمر برد الأمة ، ولو هالكة فالقول فى قدر القيمة للغاصب فلما صح دعوى الغصب بلا بيان القيمة فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة أولى ، وقيل إنما يشترط ذكر القيمة لو كانت الدعوى سرقة ليعلم أن السرقة كانت نصابا وفى غيرها لايشترط ذكره الحموى ، فظهر أن إيرادها فى هذا المحل فى حق الضمان لا القطع كما قدمناه عن ط (قوله وغصب) قال فى الدرر والغرر ، ولو قال غصب منى عين كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته . وذكر فى عامة الكتب أنها تسمع الدعوى لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ؛ فلو كلف بيان القيمة لتضرر . وفائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر ونكل عن اليمين اهـ ، وقدمناه فى الدعوى مع ماعليه من الكلام فراجعه (قوله وخيانة مودع) فإنه يحلف ما خان فيما ائتمن ، فإن حلف برىء ، وإن نكل يجبر على بيان قدر ما نكل عنه ، وقيل لايستحلف حتى يقدر شيئا يستحلف عليه .

وذكر بعض الفضلاء : أن سماع الدعوى فى مثل هذه المسائل مع الجهالة متفق عليه إلا فى دعوى الوديعة ودعوى الغصب حيث يشترط لسماعها فيهما بيان القيمة عند بعض المشايخ اهـ . وينبغى زيادة دعوى السرقة كما يعلم من الحموى .

قال شمس الأئمة الحلوانى : الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف إلا إذا اتهم القاضى وصى اليتيم الخ . وحينئذ فدعوى المجهول لا يستحلف عليها ، فلو ادعى على رجل أنه استهلك ماله وطلب التحليف من القاضى لا يحلفه ، وكذا لو قال بلغنى أن فلان بن فلان أوصى لى ولا أدرى قدره وأراد أن يحلف الوارث لا يجيبه القاضى ، وكذا المديون إذا قال قضيت بعض دينى ولا أدرى كم قضيت أو قال نسيت قدره وأراد تحليف الطالب لايلتفت إليه كما فى الخانية (قوله إلا فى مسألة فى دعوى البحر الخ) أى قبل قوله ولا ترد يمين على مدع (قوله وهى غريبة يجب حفظها) ستأتى هذه المسألة فى كتاب الغصب ، وكتب المحشى هناك على قوله فلو لم يبين فقال

بيمينه وألزم ببيانه . فلو لم يبين يحلف على الزيادة ثم يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة ، ولو ظهر خير الغاصب بين أخذه أو قيمته فليحفظ ، والله تعالى أعلم .

الظاهر أن فى النسخة خللا لأنه إذا لم يبين فما تلك الزيادة التى يحلف عليها : أى على نفيها ، وفى ظنى أن أصل النسخة فإن بين : يعنى أنه لو بين حلف على نفى الزيادة التى هى أكثر مما بينه وأقل مما يدعيه المالك هذا . وينبغى أن يتقارب فى البيان ، حتى لو بين قيمة فرس بدرهم لا يقبل منه كما تقدم نظيره اه وكتب على قوله هناك ولوحلف المالك أيضا على الزيادة أخذها لم يظهر وجهه فليراجع اه (قوله وألزم ببيانه) لأنه أقر بقيمة مجهولة فإن أخبر بشىء يحلف على ما يدعيه المغصوب منه من الزيادة ، فإن حلف لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه ، وإن نكل لا يثبت أيضا ما لم يحلف المدعى أن قيمته مائة فإن حلف أخذ من الغاصب مائة ، وقوله يحلف على ما يدعيه المغصوب منه فيه أنه حلف أولا على ذلك ، فلو كانت هذه اليمين على ما ذكره من القيمة بأن يحلف أن قيمته ما ذكره .

وحاصله أن يمين المدعى عليه أنها لم تكن قيمته مائة ويمين المدعى أن قيمته المائة (قوله يحلف على الزيادة) أى التى يدعيها المالك ، فإن حلف لايثبت ما ادعاه المغصوب منه ، وإن نكل لا يثبت أيضا ما لم يحلف المدعى أن قيمته مائة وإلى هذا أشار بقوله ثم يحلف المغصوب منه الخ . والظاهر أن ثمرة هذا اليمين ثبوت الخيار له إذا ظهر (قوله ثم يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة) فإن حلف أخذ من الغاصب مائة ، لكن قد يقال : إذا لم يبين فما تلك الزيادة التى يحلف عليها ، وعليه فالأولى أن يقول فإن بين حلف على نفى الزيادة التى هى أكثر مما بينه وأقل مما يدعيه المالك تأمل (قوله ولوظهر) أى الثوب (قوله بين أخذه) أى الثوب بما دفعه من الدراهم لا بقيمة الثوب فى ذاته وإن كانت أنقص أو أزيد لأن المالك لم يرض إلا بدفعه بالمائة (قوله أو قيمته) عطف على الضمير المجرور أى أو أخذ قيمته بأن يرده ويأخذ القيمة التى دفعها .

وفى متفرقات إقرار التاترخانية : ويجبر الغاصب على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة ، وإذا لم يبين يحلف على مايدعى المالك من الزيادة . فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المالك يحلف أن قيمته مائة . ويأخذ من الغاصب مائة فإذا أخذ ثم ظهر الثوب خير الغاصب بين أخذه أو رده وأخذ القيمة ، وحكى عن الحاكم أبى محمد العينى أنه كان يقول ما ذكر من تحليف المغصوب منه وأخذ المائة بثمنه من الغاصب هذا بالإنكار يصح ، وكان يقول : الصحيح فى الجواب أن يجبر الغاصب على البيان فإن أبى يقول له القاضى أكان قيمته مائة ، فإن قال لا ، يقول أكان خمسين . فإن قال لا . يقول خمسة وعشرين إلى أن ينتهى إلى ما لا تنقص عنه قيمته عرفا وعادة فيلزمه ذلك اه لكن قال بعض الفضلاء الحصر ممنوع لأنهما إذا اختلفا فى قدر الثمن أو المبيع ولابينة تحالفا . ولواشترى أمة بألف وقبضها ثم تقايلا وقبل قبضها اختلفا فى قدر الثمن تحالفا . ولو اختلفا فى الأجرة أو المنفعة أو فيهما قبل التمكن فى المدة تحالفا حموى ، وفيه أن كلا منهما فى هذه المسائل مدع ومدعى عليه ط عن الطورى ومثله فى حاشية الحموى .

[تذنيب] برهن أنه ابن عمه لأبيه وأمه وبرهن الدافع أنه ابن عمه لأمه فقط أو على إقرار الميت به أى بأنه ابن عمه لأمه فقط كان دفعا قبل القضاء بالأول لابعده لتأكده بالقضاء .

ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه أن يدعى خصمه قبل الحكم بإقراره بأنه من ذوى الأرحام إذ يكون حينئذ متناقضا .

ادعى قيمة جارية مستهلكة فبرهن الخصم أنها حية رأيناها فى بلد كذا لايقبل إلا أن يجيء بها حية .

الكفيل ينصب خصما عن الأصل بلا عكس لأن القضاء على الكفيل قضاء على الأصيل ولا عكس .

إذا اشترك الدين بين شريكين لابجهة الإرث فأحدهما لا ينتصب خصما عن الآخر الكل من الدرر .

رجل غاب عن امرأته وهى بكر أو ثيب فتزوجت بزوج آخر وولدت كل سنة ولدا قال أبو حنيفة : الأولاد للأول . وعنه أنه رجع عن هذا وقال لايكون الأولاد للأول إنما هم للثانى وعليه الفتوى كما فى الخانية ولو ادعى عليه مهر امرأة فقال ما تزوجتها ثم ادعى الإبراء عن المهر فهو دفع مسموع إن وفق كما فى القنية . وفيها : ادعى عليه شيئا فأمره القاضى بالمصالحة فقال لا أرضى بهذه المصالحة وتركته أصلا فهو إسقاط لما يدعيه عليه إذا قال تركته أصلا فهو إبراء . وعنه : لو قال تركت دعواى على فلان وفوضت أمرى إلى الآخرة لا تسمع دعواه بعده .

أقول : قيد القاضى اتفاقى كما لايخفى .

وفى الفتاوى النجدية : رجل مات فقالت امرأة لابن الميت كنت امرأة أبيك محمد إلى يوم موته وطلبت المهر والميراث فأنكر الابن وقال اسم أبى لم يكن محمدا وإنما كان عمر ثم جاءت فادعت أنها امرأة أبيه عمر إلى يوم موته وطلبتهما تسمع دعواها وليس بتناقض لجواز أن يكون له اسمان شذ تسمع إذا وفق المدعى .

أقول : وجه التوفيق بأن تقول كنت أعلم أن لأبيه اسمين فادعت بأحدهما فلما أنكر ادعيت بالآخر ، وفهم من هذه المسألة أن تسمع الدعوى على الميت بدون اسم أبيه ونسبه تدبر .

قال فى التاترخانية فى الخامس عشر من الدعوى : غلط الاسم لا يضر لجواز أن يكون له اسمان ، ومثله فى صور المسائل عن الفتاوى الرشيدية .

وفى البزازية فى السادس عشر من الاستحقاق ، وكذا فى الخيرية من العشر والخراج وقدمناه عن التنقيح .

ولنختم هذا الباب بمسألة ختم بها كتاب الدعوى فى الجامع الصغير ، نسأل الله حسن الخاتمة . وهى أنه إذا قالت المرأة أنها أم ولد هذا الرجل وأرادت استحلافه ليس لها ذلك فى قول أبى حنيفة خاصة لأن أمومية الولد تابعة للنسب وهو لا يرى اليمين فى النسب اهـ . والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الإقرار

ثبت بالكتاب وهو قوله تعالى — وليملل الذى عليه الحق — أمره بالإملال ، فلو لم يقبل إقراره لما كان للإملال معنى وقوله — كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم — والمراد به إقرار زيلعى . والسنة ، فقد قبل صلى الله تعالى عليه وسلم إقرار ماعز والغامدية . والإجماع فقد أجمعت الأمة على أن الإقرار حجة فى حق نفسه حتى أوجبوا الحد والقصاص بإقراره وإن لم يكن حجة فى حق غيره لعدم ولايته عليه فأولى المال والمعقول ، فإن العاقل لا يقر على نفسه كاذبا فيما فيه ضرر على نفسه أوماله فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية اهـ بخلاف إقراره فى حق غيره ، حتى لو أقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولايصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه ، بخلاف ما إذا ثبت بالبينة لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء والقضاء ولاية عامة فينفذ فى حق الكل. أما الإقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ

مناسبته أن المدعى عليه

عليه وحده الخ ، وقوله ولا يصدق على أولاده الخ لأنه ثبت لهم حق الحرية أو استحقاقها فلا يصدق عليهم كما في الدرر (قوله مناسبته) أى للدعوى .

ووجه تأخيره عنها أن الدعوى تنقطع به فلا يحتاج بعده إلى شيء آخر حتى إذا لم يوجد يحتاج إلى الشهادة وركنه لفظ أو ما فى حكمه دالّ عليه كقوله لفلان على كذا أو ما يشبهه لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه حتى لا يصح شرط الخيار فيه بأن أقر بدين أو بعين على أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام فالخيار باطل وإن صدقه المقر له والمال لازم كما فى محيط السرخسى : وله شروط ستذكر فى أثناء الكلام ، وهى : العقل والبلوغ بلاخلاف والحرية فى بعض الأحكام دون البعض ، حتى لو أقر العبد المحجور بالمال لاينفذ فى حق المولى ؛ ولو أقر بالقصاص يصح كذا فى المحيط ، ويتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق وكذا المأذون له يتأخر إقراره بما ليس من باب التجارة كإقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير إذن مولاه ، وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال لايلزمه بخلاف ما إذا أقر بالحدود والقصاص كما فى التبيين ، وكون المقر به مما يجب تسليمه إلى المقر له ، حتى لو أقر أنه غصب كفا من تراب أو حبة حنطة لايصح لأن المقر به لايلزمه تسليمه إلى المقر له ومنها الطواعية والاختيار حتى لا يصح إقرار المكره كما فى النهاية وإقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا فى حد الزنا وشرب الخمر مما يقبل الرجوع وإن كان بطريق مباح لا كما فى البحر ، وحكمه ظهور المقر به : أى لزومه على المقر بلا تصديق وقبول من المقر له فإنه يلزم على المقر ما أقر به لوقوعه دالا على المخبر به لا ثبوته ابتداء كما فى الكافى لأنه ليس بناقل للملك المقر إلى المقر له فلذا فرع عليه ما سيأتى من صحة الإقرار بالخمر للمسلم حتى يؤمر بالتسليم إليه ولوكان تمليكا مبتدأ لما صح . وكذلك لايصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه والإنشاء يصح مع الإكراه كما فى المحيط .

وحاصله أن قول المقر إن هذا الشيء لفلان معناه أن الملك فيه ثابت لفلان وليس معناه أنه ملك للمقر وجعله للمقر له فهو إخبار دالّ على المخبر به فيلزمه الصدق ، ويحتمل الكذب فيجوز تخلف مدلوله عنه كما فى الإقرار بالطلاق مكرها كما قلنا . وسيأتى لقيام دليل الكذب وهو الإكراه ولو كان معناه الثبوت ابتداء لصح لكونه إنشاء والإنشاء لايتخلف مدلوله عنه كما سيأتى تمامه قريبا ، ولو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب فى إقراره لايحل له ديانة إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون هبة منه ابتداء كما فى القنية وإنما يعتبر الإقرار إظهارا فى حق ملكية المقر به حتى يحكم بملكيته للمقر له بنفس الإقرار ولا يتوقف على تصديق المقر له . أما فى حق الرد فيعتبر تمليكا مبتدأ كالهبة حتى يبطل برد المقر له وبعد ماوجد التصديق من المقر له لايعمل رده لو رد الإقرار بعد ذلك . ثم الإقرار إنما يبطل برد المقر له إذا كان المقر له يبطل بالرد حق نفسه خاصة ، أما إذا كان يبطل حق غيره فلا يعمل رده . كما إذا أقر لرجل أنى بعت هذا العبد من فلان بكذا فرد المقر له إقراره وقال ما اشتريت منك شيئا ثم قال بعد ذلك اشتريت فقال البائع مابعتكه لزم البائع البيع بما سمى لأنه بجحد البيع بعد تمامه . وجحود أحد المتعاقدين لايضر . حتى إن المشترى متى قال ما اشتريت وصدقه البائع وقال نعم ما اشتريت ثم قال لا بل اشتريت لايثبت الشراء وإن أقام البينة على ذلك لأن الفسخ تم بجحودهما . ثم فى كل موضع بطل الإقرار برد المقر له . لو أعاد المقر ذلك الإقرار فصدقه المقر له كان للمقر له أن يأخذه بإقراره ، وهذا استحسان هكذا فى المحيط .

إما منكر أو مقر وهو أقرب لغلبة الصدق .

(هو) لغة الإثبات ، يقال قر الشيء إذا ثبت. وشرعا (إخبار بحق عليه) الغير (من وجه

ثم اعلم أن السكوت نزلوه منزلة الإقرار فى مسائل سيذكرها الشارح ونذكر تمامها إن شاء الله تعالى كذلك الإيماء بالرأس وسيذكره المصنف (قوله إما منكر أو مقر) واللائق بحال المسلم الإقرار بالحق كى لايحتاج المدعى إلى تدارك الشهود والملازمة فى باب القاضى للإحضار ولا سيما وما يلزم عليه فى هذا الزمان للتسبب بالوصول إلى سحت المحصول ، كما أن اللائق بالمدعى أن تكون دعواه حقا لئلا يلزم المدعى عليه الدفع لسحت المنع وقدمه ؛ أى الإقرار على مابعده وهو الصلح لترتبه على الإنكار غالبا ، ثم إذا حصل بالصلح شيء إما أن يسترابح فيه بنفسه وتقدم طريقه فى البيع أو بغيره وهو المضاربة ، وإن لم يسترابح فإما أن يحفظه بنفسه ولا يحتاج إلى بيان حكمه أو بغيره وهو الوديعة (قوله وهو) أى الإقرار أقرب أى لحال المسلم (قوله لغلبة الصدق) أى من المدعى فى دعواه ومن المقر فيما أقر به لأن العاقل لايقر على نفسه كاذبا فيما فيه ضرر على نفسه أو ماله ، فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية ، بخلاف إقراره فى حق غيره (قوله هو لغة) فإذا كان حسيا يقال أقره ، وإذا كان قوليا يقال أقر به فالإقرار إثبات لما كان متزلزلا بين الجحود والثبوت أبو السعود ؛ وهو مشتق من القرار درر .

قال فى المنح : وهو فى اللغة إفعال ، من قر الشيء إذا ثبت وأقره غيره إذا أثبته (قوله وشرعا إخبار) أى فى الأصح وليس بإنشاء لصحته فى ملك غيره ، ولو أقر مريض بماله لأجنبى صح من غير توقف على إجازة وارث . قال فى الحواشى السعدية : ولعله ينتقض بالإقرار بأن لاحق له على فلان وبالإبراء وإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة اهـ .

وقد يقال فيه إخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة تأمل وللقول بأنه إنشاء فروع تشهد له : منها لو رد إقراره ثم قبل لايصح ، وكذا الملك الثابت بالإقرار لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له حموى .

أقول : قوله لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة يفيد بظاهره أنه يظهر فى حق الزوائد الغير المستهلكة . وهو مخالف لما فى الخانية : رجل فى يده جارية وولدها أقر أن الجارية لفلان لايدخل فيه الولد ، ولو أقام بينة على جارية أنها له يستحق أولادها اهـ . والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل ، ولذا قلنا إن الباعة يتراجعون فيما بينهم ، بخلاف الإقرار حيث لايتراجعون .

بقى أن يقال فى قول السيد الحموى هو إخبار فى الأصح وليس بإنشاء مخالفة لما صرح به فى البحر وجرى عليه المصنف من أنه إخبار من وجه إنشاء من وجه ، فللأول يصح إقراره بمملوك الغير ويلزمه تسليمه إذا ملكه ، ولو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لايصح ، وللثانى لو رد إقراره ثم قبل لايصح ، وكذا الملك الثابت بالإقرار لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له اهـ من غير ذكر خلاف ، ومنه تعلم أن ماذكره السيد الحموى مما يدل على ثبوت الخلاف فيه حيث صحح كونه إخبار الإنشاء لايصح عزوه لصاحب البحر كما وقع فى كلام بعضهم فتنبه (قوله بحق عليه للغير) قيده بأن يكون عليه ، لأنه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى زيلعى ، وأطلق الحق فى قوله هو إخبار بحق عليه ليشمل مالو كان الحق المقر به من قبيل الإسقاطات كالطلاق والعتاق ، إذ الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ، فإذا أقر بالطلاق يثبت للمرأة

إنشاء من وجه) قيد بعليه لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقرار .
ثم فرع على كل من الشبهين فقال (فلـ) لوجه (الأول) وهو الإخبار (صح إقراره بمال مملوك للغير) ومتى قر بملك الغير (يلزمه تسليمه إلى المقر له

من الحق مالم يكن لها من قبل ، وكذا العبد يثبت له على سيده حق الحرية إذا أقر سيده بعتقه ، فما قيل من أنه يرد على التعريف الإقرار بالإسقاطات كالطلاق والعتاق لعدم الإخبار فيها عن ثبوت حق للغير غير سديد (قوله إنشاء من وجه) هو الصحيح ، وقيل إنشاء وينبني عليه ماسيأتي ، لكن المذكور فى غاية البيان عن الاستر وشنية. قال الحلوانى: اختلف المشايخ فى أن الإقرار سبب للملك أو لا؟ قال ابن الفضل: لا، واستدل بمسألتين:

إحداهما المريض الذى عليه دين إذا أقر بجميع ماله لأجنبي يصح بلا إجازة الوارث ، ولو كان تمليكا لاينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة .

والثانية أن العبد المأذون إذا أقر لرجل بعين فى يده يصح ، ولو كان تمليكا يكون تبرعا منه فلا يصح . وذكر الجرجانى أنه تمليك واستدل بمسائل : منها إن أقر لوارثه بدين فى المرض لايصح ولو كان إخبارا لصح اه ملخصا ، فظهر أن ماذكره المصنف وصاحب البحر جمع بين الطريقتين وكأن وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان تأمل أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى ، لكن لو كان إخبارا من وجه وإنشاء من وجه كما ذكره المصنف لعرف بحد يشملها ولا قائل به ، ولأنهم قالوا : لو أقر بمال للغير لزمه تسليمه للمقر له إذا ملكه ، ولو أقر بالطلاق والعتاق الخ فأمثال هذه المسائل دلت على أن الإقرار إخبار لا إنشاء ، إذ لو كان إنشاء لم تكن كذلك ، وما استدل به على كونه إنشاء مطلقا أو من وجه أنه لو أقر لرجل فرد إقراره ثم قبل لم يصح ولو كان إخبارا لصح ، وأنه لو ثبت الملك بسبب الإقرار لم يظهر فى حق الزوائد المتقدم ذكرها ، ولو كان إخبارا لصارت مضمونة عليه .

أقول : أما الجواب عن الأول فهو أن ارتداده بالرد ناشئ من أن حكمه الظهور لا الثبوت ابتداء وذلك ناشئ من كونه حجة قاصرة ، فلما صار مرتدا بالرد جعل كأنه لم يكن فلذلك لم يصح قبوله بعده . على أن هذا الدليل مشترك الإلزام حيث أنه دليل على أنه ليس بإنشاء إذ الإنشاء مما لايرتد بالرد فيما يكون من قبيل الإسقاطات، كما لو قال هذا الولد منى يرتد برد الولد فهذا دليل على أن الإقرار إخبار ثم عاد الولد إلى التصديق يثبت النسب نظرا إلى احتياج المحل وقد سبق .

وأما الجواب عن الثانى أن الإقرار لما كان حجة قاصرة اقتصر ثبوت الملك وظهوره على المقر به فلم يتعد إلى الزوائد المستهلكة كما مر ويأتى، فتبين أنه ليس بإنشاء أصلا تدبر (قوله لأنه لو كان لنفسه) أى على الغير ، ولو للغير على الغير يكون شهادة كما قدمناه (قوله لا إقرارا)ولا ينتقض بإقرار الوكيل والولى ونحوهما لنيابتهم مناب المنوبات شرعا شرح الملتقى (قوله ثم فرع على كل من الشبهين) صوابه من الوجهين لأنه لم يقل الإقرار يشبه الإخبار ويشبه الإنشاء ، بل قال من وجه ومن وجه : أى إخبار من وجه بالنظر لترتب بعض أحكام الإخبارات عليه ، وإنشاء من وجه من حيث ترتب بعض أحكام الإنشاءات عليه ، وقد تبع الشارح المصنف فالمعنى أنه يعطى حكم الإخبار فى بعض الجزئيات وحكم الإنشاء فى بعض آخر ، وأما بالنظر للفظه فهو إخبار عن ثبوت حق عليه لغيره لاغير (قوله فللوجه الخ) علة مقدمة على المعلول (قوله صح إقراره) لأن الإخبار فى ملك الغير صحيح لكن بالنظر للمقر ، وأفاد أنه لايحتاج إلى القبول كما قدمناه .

. . . .

وفى المنح عن تتمة الفتاوى : الإقرار يصح من غير قبول ، لكن البطلان يقف على الإبطال والملك للمقر له يثبت من غير تصديق وقبول لكن يبطل برده ، والمقر له إذا صدق المقر فى الإقرار ثم رده لا يصح الرد ، وأفاد أيضا صحة الإقرار للغائب . وأيضا يستفاد هذا مما سيأتى من قوله هى أى الألف المعينة لفلان لا بل لفلان لايجب عليه للثانى شىء ، أى لأنه أقر بها للأول ثم رجع وشهد بها للثانى فرجوعه لايصح وشهادته لاتقبل ، وبهذا تبين ضعف ما فى الخانية من قوله لو أقر لغائب ثم أقر لآخر قبل حضور الغائب صح إقراره للثانى ، لأن الإقرار للغائب لايلزم بل يتوقف على التصديق انتهى .

ويمكن أن يقال : معنى صحته للثانى ليست لاحتياجه للتصديق وإنما لأجل أن يرتد بالرد ، فأفاد فى الخانية أنه يأخذه الثانى فإذا جاء الأول وصادق قبل رده الإقرار يأخذه ، وإن قال ليس لى يكون ملكا للثانى ، ولكن أفاد فى البدائع أنه إن دفع للأول بلا قضاء يضمن للثانى لأن إقراره بها صحيح فى حق الثانى إذا لم يصح للأول اه وأنت خبير بأن هذا التعليل ربما يرد عليه ، وحينئذ فتعليل المنح ظاهر وهو الموافق لظواهر الكتب المعتمدة .

وفى المنح فى مسائل شتى فسر الرد بأن يقول ما كان لى عليك شىء أو يقول بل هو لك أو لفلان .

قال العلامة الخير الرملى : قولهم الإقرار صحيح بدون التصديق لا يعارض قول العمادى إن إقراره للغائب توقف عمله على تصديق الغائب ، إذ لا مانع من توقف العمل مع الصحة كبيع الفضولى يصح ويتوقف ؛ وكذا لا يعارض ما فى الخانية من قوله : وأما الإقرار للغائب لايلزم بل يتوقف على التصديق ، إذ معناه يتوقف لزومه لا صحته ، وقوله : فإن كان صحيحا يمتنع الإقرار به للغير غير مسلم لعدم الملازمة ؛ ألا ترى أن للفضولى قبل إجازة المالك أن يبيع المبيع الذى باعه الآخر ويتوقف فلم يلزم من صحته عدم صحة بيعه للآخر ، بل الإقرار بمال الغير يصح ويلزم تسليمه إذا ملكه وهذا يدل على أن الإقرار ليس بسبب للملك كما سيأتى فكيف يلزم من صحة إقراره لغائب لا يلزمه ذلك حتى كان له الرد عدم صحة الإقرار به للغير .

والحاصل أن الإقرار يصح مطلقا بلا قبول ولايلزم لو كان المقر له غائبا ولعدم لزومه جاز أن يقر به لغيره قبل حضوره فاجتمعت كلمتهم على أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار ، وأما لزومه فشىء آخر ، والمصنف لم يفرق بين الصحة واللزوم فاستشكل فى منحه على الصحة المجتمعة عليها كلمتهم باللزوم . وأما ما أجاب به المجيب المذكور ففيه نظر ، إذ لو كان كما فهمه لما افترق الإقرار للحاضر والغائب مع أن بينهما فرقا فى الحكم ، ألا ترى إلى قوله فى الخانية : ولو أقر لولده الكبير الغائب أو أجنبى بعد قوله وأما الإقرار للغائب لايلزم فالذى يظهر أن الإقرار للغائب لا يلزم من جانب المقر حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده . وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره به لغيره قبل رده ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده . وأما الصحة فلا شبهة فيها فى الجانبين بدون القبول كما يفهم من كلامهم انتهى .

وفيه : ويشكل على ما فى الفصول العمادية من قوله : وإن ادعى الرجل عينا فى يد رجل وأراد استحلافه فقال صاحب اليد هذه العين لفلان الغائب لا يندفع اليمين عنه ما لم يقم البينة على ذلك ، بخلاف ما إذا قال هذا لابنى الصغير . والفرق أن إقراره للغائب توقف عمله على تصديق الغائب فلا يكون العين مملوكا له بمجرد إقرار ذى اليد فلا يندفع اليمين . وأما إقراره للصبى فلا يتوقف على تصديق الصبى فيصير العين ملكا للصبي

(إذا ملكه) برهة من الزمان لنفاذه على نفسه ، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك :
وفى الأشباه : أقر بحرية عبد ثم شراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن أو بوقفية دار ثم شراها أو ورثها صارت وقفا مؤاخذة له بزعمه (ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها) ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف :
(وصح إقرار العبد المأذون بعين فى يده والمسلم بخمر وبنصف داره مشاعا والمرأة بالزوجية من غير شهود) ولو كان إنشاء لما صح (ولا تسمع دعواه عليه) بأنه أقر له (بشىء) معين (بناء على الإقرار) له بذلك به يفتى

بمجرد إقراره فلا يصح إقراره بعد ذلك لغيره فلا يفيد التحليف لأن فائدته النكول الذى هو كالإقرار .
أقول : لايشكل ذلك ، فإن قوله توقف عمله صريح فى صحته ولكن لما توقف عمله وهو اللزوم على تصديقه لم تندفع اليمين بمجرده ما لم يقم البينة عليه تأمل (قوله إذا ملكه برهة من الزمان) أى قليلا من الزمان ، حتى لو تصرف فيه لغير المقر له بعد ملكه لاينفذ تصرفه وينقض لتصرفه فى ملك غيره كما يؤخذ من القواعد .

ويؤخذ من هذا الفرع كما قال أبو السعود أنه لو ادعى شخص عينا فى يد غيره فشهد له بها شخص فردت شهادته لتهمة ونحوها كتفرد الشاهد ثم ملكها الشاهد يؤمر بتسليمها إلى المدعى انتهى (قوله لما صح) أى إقراره للغير : أى ولو ملكه بعد (قوله ولا يرجع بالثمن) على البائع أى لاقتصار إقراره عليه فلا يتعدى لغيره (قوله صارت وقفا) بخلاف ما إذا غصب دارا من رجل فوقفها ثم اشتراها حيث لا يجوز وقفه . والفرق أن فعل الغاصب إنشاء فى غير ملكه فلا يصح ، لأن شرط صحته ملكه له ، بخلاف الإقرار لكونه إخبارا لا إنشاء (قوله مكرها) حال من الضمير المضاف إليه الإقرار ، وإنما لم يصح إقراره بها مكرها لقيام دليل الكذب وهو الإكراه والإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه منح (قوله ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف)أى تخلف مداول الإنشاء عنه أى لأنه يمتنع فى الإنشاء تخلف مدلول لفظه الوضعى عنه أى متى وجد اللفظ الدال على إنشاء الطلاق أو العتاق سواء وجد مدلوله فى حال الطواعية أو الإكراه وهذا مخصوص فيما يصح مع الإكره ، بخلاف مالا يصح معه كالبيع فإنه يتخلف مدلوله عنه مع الإكراه ، أى وهو إثبات الملك غير مستحق الفسخ (قوله وصح إقرار العبد المأذون بعين فى يده) ولو كان إنشاء لايصح لأنه يصير تبرعا منه وهو ليس أهلا له (قوله والمسلم بخمر) حتى يؤمر بالتسليم إليه ، ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح كما فى الدرر . وفيه إشارة إلى أن الخمر قائمة لا مستهلكة إذ لايجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط كما فى الشرنبلالية (قوله وبنصف داره مشاعا) أى الدار القابلة للقسمة فإنه يصح الإقرار بها لكونه إخبارا ، ولو كان إنشاء لكان هبة ، وهبة المشاع القابل للقسمة لاتتم ، ولو قبض بخلاف مالا يقسم كبيت وحمام صغيرين فإنها تصح فيه وتتم بالقبض (قوله والمرأة بالزوجية من غير شهود) لأنه إخبار عن عقد سابق ، ولو كان إنشاء لما صح إقرارها بالزوجية من غير شهود لأن إنشاء عقد النكاح يشترط لصحته حضورهم كما مر فى بابه (قوله ولا تسمع دعواه عليه بأنه أقر له بشىء معين بناء على الإقرار له بذلك) يعنى إذا ادعى عليه شيئا لما أنه أقر له به لاتسمع دعواه لأن الإقرار إخبار لا سبب للزوم المقر به على المقر ، وقد علل وجوب المدعى به على المقر بالإقرار ، وكأنه قال أطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره وهذا كلام باطل منح ، وبه ظهر أن الدعوى بالشىء المعين بناء على الإقرار كما هو صريح المتن لا بالاقرار بناء على الإقرار ، فقوله بأنه أقر له لا محل له ، وفى إقحامه ركاكة تأمل (قوله به يفتى)مقابله أنها تسمع كما فى جامع الفصولين .

وحاصله أن الإقرار هل هو باق فى الشرع أو هو إنشاء فى المعنى فيكون سببا لذلك ، فمن جعله إنشاء سوغ

لأنه إخبار يحتمل الكذب ، حتى لو أقر كاذبا لم يحل له لأن الإقرار ليس سببا للملك ، نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه بزازية (إلا أن يقول) فى دعواه (هو ملكى) وأقر لى به أو يقول لى عليه كذا وهكذا أقر به فتسمع إجماعا لأنه لم يجعل الإقرار سببا للوجوب ، ثم لو أنكر الإقرار هل يحلف ؟ الفتوى أنه لا يحلف على الإقرار بل على المال وأما دعوى الإقرار فى الدفع فتسمع عند العامة (ول) وجه (الثانى) وهو الإنشاء (لورد) المقر له (إقراره ثم قبل لايصح) ولو كان إخبارا لصح

هذه الدعوى ، ومن جعله باقيا على معناه الأصلى لم يجوز سماعها وعليه الجمهور وجميع المتأخرين ، وهو الصحيح المعول عليه كما فى الخلاصة (قوله لأنه إخبار) أى لا سبب للزوم المقر به على المقر ، وهو قد جعل سبب وجوب المدعى به على المقر الإقرار فكأنه قال أطالبه بلا سبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره ، وهذا باطل لما علم من كلام مشايخنا (قوله لم يحل له) أى للمقر له : أى لايجوز له أخذه جبرا ديانة كإقراره لامرأته بجميع ما فى منزله وليس لها عليه شىء اه بحر ، أى ولو كان إنشاء يحل أخذه كما فى الدرر ، وما نقله فى القنية عن بعض المشايخ من أن الإقرار كاذبا يكون ناقلا للملك فخلاف المعتمد الصحيح من المذهب الذى إليه يذهب (قوله نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه) هذا ظاهر إذا تعمد الكذب ، أما إذا كان يظن أنه واجب عليه يتعين الإفتاء بعدم الحل .

[فرع] الإبراء والإقرار لايحتاجان إلى القبول أفاده السائحانى (قوله أو يقول لى عليه كذا وهكذا أقر به) أى إنه لى عليه .

وفى شرح تحفة الأقران : وأجمعوا أنه لو قال هذا العين ملكى وهكذا أقر به المدعى عليه يقبل (قوله ثم لو أنكر الإقرار) أى وقد ادعى ما أقر به لكونه ملكه ولم يبن على مجرد إقراره لما تقدم (قوله الفتوى أنه لايحلف على الإقرار بل على المال) قال ابن الغرس : ثم لايجوز أن يحلف أنه ما أقر به قولا واحدا لأن الصحيح أن الإقرار ليس بسبب للملك ، وقد علمت الحكم فى الأسباب الشرعية المتفق على سببيتها وأن الصحيح أنه لا يحلف عليها فكيف الحال فيما سببيته قول مرجوح اه وقيل : يحلف بناء على أنه إنشاء ملك (قوله وأما دعوى الإقرار فى الدفع) بأن أقام المدعى عليه بينة أن المدعى أقر أنه لا حق له قبل المدعى عليه ، أو أقام المدعى عليه بينة أن المدعى أقر أن هذه العين ملك المدعى عليه فتسمع ، وأما دعوى الإقرار بالاستيفاء فقيل : لاتسمع لأنها دعوى الإقرار فى طرف الاستحقاق إذ الدين يقضى بمثله .

ففى الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الإقرار فى طرف الاستحقاق ، فلا تسمع جامع الفصولين معزيا للمحيط والذخيرة ومثله فى البزازية لكن زاد فيها وقيل : يسمع لأنه فى الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه ، فكان فى طرف الدفع ذكره فى المحيط . وذكر شيخ الإسلام برهن المطلوب على إقرار المدعى بأنه لا حق له فى المدعى ، أو بأنه ليس بملك له أو ما كانت ملكا له يندفع الدعوى إن لم يقر به لإنسان معروف وكذا لو ادعاه بالإرث ، فبرهن المطلوب على إقرار المورث بما ذكرنا وتمامه فيها (قوله فتسمع عند العامة) كما فى الدرر وشرح أدب القاضى والخانية ، وهذا مقابل قول المصنف ولا تسمع دعواه عليه (قوله لايصح) هذا فى الإقرار بما يرتد أما فيما لا يرتد بالرد كالرق والنسب ، فإنه لو أقر به ثم ادعاه المقر له بعد رده يقبل مبسوط والعقود اللازمة مثل النكاح مما لا يرتد بالرد فلو قال لها تزوجتك أمس فقالت : لا ، ثم قالت : بلى وقال هو لا ، لزمه النكاح لأن إقراره لم يبطل إذ النكاح عقد لازم لا يبطل بمجرد جحود أحد الزوجين ، فيصح بتصديقها بعد التكذيب فيثبت ، ولا يعتبر إنكاره بعد اه سرى الدين ملخصا ط .

وأما بعد القبول فلا يرتد بالرد ولو أعاد المقر إقراره فصدقه لزمه لأنه إقرار آخر ثم لو أنكر إقراره الثانى لايحلف ولا تقبل عليه بينة .

قال البديع : والأشبه قبولها واعتمده ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى (والملك الثابت به) بالإقرار (لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له) ولو إخبارا لملكها

قال السيد الحموى قوله : لايصح محله فيما إذا كان الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة أما إذا كان لهما مثل الشراء والنكاح فلا ، وهو إطلاق فى محل التقييد ويجب أن يقيد أيضا بما إذا لم يكن المقر مقصرا على إقراره لما سيأتى من أنه لا شيء له إلا أن يعود إلى تصديقه وهو مصر اه .

وفى الخلاصة : لو قال لآخر كنت بعتك العبد بألف فقال الآخر : لم أشتره منك فسكت البائع حتى قال المشترى فى المجلس أو بعده بلى اشتريته منك بألف فهو جائز وكذا النكاح ، وكل شيء يكون لهما جميعا فيه حق وكل شيء يكون الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة لا ينفعه إقراره بعد ذلك (قوله وأما بعد القبول فلا يرتد بالرد) يعنى لأنه صار ملكه ونفى المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح . نعم لو تصادقا على عدم الحق صح لما تقدم فى البيع الفاسد أنه طلب ربح مال ادعاه على آخر فصدقه على ذلك فأوفاه إياه ثم ظهر عدمه بتصادقهما إنه لم يكن عليه شيء فانظر كيف التصادق اللاحق نقض السابق مع أن ربحه طيب حلال (قوله لأنه إقرار آخر) أى وقد صدقه فيه فيلزمه قاله العلامة عبد البر .

وفى التاترخانية : وفى كل موضع بطل الإقرار برد المقر له لو عاد المقر إلى ذلك الإقرار وصدقه المقر له كان له أن يأخذه بإقراره ، وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك اه .

ووجه القياس : أن الإقرار الثانى عين المقر به فالتكذيب فى الأول تكذيب فى الثانى :

ووجه الاستحسان : أنه يحتمل أنه كذبه بغير حق لغرض من الأغراض الفاسدة فانقطع عنه ذلك الغرض فرجع إلى تصديقه فقد جاء الحق وزهق الباطل حموى (قوله ثم لو أنكر إقراره الثانى) أى وادعاه المقر له لكونه ملكه وأقام بينة عليه لا تسمع ولو أراد تحليفه لايلتفت إليه للتناقض بين هذه الدعوى ، وبين تكذيبه الإقرار الأول (قوله قال البديع) هو أستاذ صاحب القنية فإنه عبر فيها بقال أستاذنا قال عبد البر : يعنى للقاضى البديع وفى بعض النسخ قال فى البدائع : وليس بصواب ط (قوله والأشبه) أى بالصواب والقواعد (قوله واعتمده ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى) وعبارته ولو أنكر المقر الإقرار الثانى لا يحلف ، ولا تقبل عليه بينة للتناقض من الكذب للإقرار الأول . وقال القاضى البديع : ينبغى أن تقبل بينة المقر له على إقراره ثانيا وهو الأشبه بالصواب وقال الشارح أى عبد البر ناظما له :

وقد صوب القاضى البديع قبولها وعندى له الوجه الصحيح المنور

ومن أراد المزيد فعليه بشرحه (قوله لا يظهر فى حق الزوائد المستهلكة) يفيد بظاهره أنه يظهر فى حق الزوائد الغير المستهلكة ، وهو مخالف لما فى الخانية كما قدمناه عنها وقيد بها فى الاستروشنية ونقله عنها فى غاية البيان ، وتقدم فى الاستحقاق نظير ما قدمناه عن الخانية وأنه فرق فى الاستحقاق لولد المستحقة بين الإقرار ، فلا يتبعها ولدها وبين الإثبات فيتبعها ولدها وكذا سائر الزوائد ، وهو عام يشمل المستهلكة وغيرها وهنا قد قيدها بالمستهلكة فأفهم أن القائمة يظهر بها الإقرار فليحرر . ولعله أراد الاحتراز بالمستهلكة عن الهالكة بنفسها لأنها غير مضمونة مطلقا لأنها كزوائد المغصوب تأمل (قوله فلايملكها المقر له ولو إخبارا لملكها) قال فى نور العين : شرى أمة فولدت عنده لا باستيلاده ، ثم استحقت ببينة يتبعها ولدها ، ولو أقر

(أقر حر مكلف) يقظان طائعا (أو عبد) أو صبي أو معتوه (مأذون) لهم إن أقروا بتجارة كإقرار محجور بحد وقود وإلا

بها لرجل لا والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل ، ولذا قلنا إن الباعة يتراجعون فيما بينهم بخلاف الإقرار حيث لايتراجعون ف . ثم الحكم بأمة حكم بولدها وكذا الحيوان إذ الحكم حجة كاملة بخلاف الإقرار ، فإنه لم يتناول الولد لأنه حجة ناقصة ، وهذا الولد بيد المدعى عليه فلو فى ملك آخر هل يدخل فى الحكم اختلف المشايخ اه .

ففيه مخالفة لمفهوم كلام لمصنف ويشبه أن تكون هذه التفريعات كلها جامعا بين قول من قال إن الإقرار إخبار بحق لآخر لا إثبات ، وهو قول محمد بن الفضل ، والقاضى أبى حازم وقول من قال : إنه تمليك فى الحال وهو أبو عبد الله الجرجانى قاله فى الشرنبلالية . وذكر استشهاد كل على ما قال بمسائل ذكرت فى الفصل التاسع من الاستروشنية .

والحاصل أن الإقرار هل هو إخبار بحق لآخر أم تمليك فى الحال على ما قدمنا من الخلاف وقد علمت أن الأكثر على الأول الذى عليه المعول وقد ذكروا لكل مسائل تدل على ما قال والله تعالى أعلم بحقيقة الحال (قوله أقر حر مكلف) أى بالغ عاقل درر قيد بالحر ، لأن العبد المحجور عليه يتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق ، وكذا المأذون له يتأخر إقراره بما ليس من باب التجارة كما قدمناه . وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لأن الإذن لم يتناول إلا التجارة بخلاف ما إذا أقر بالحدود والقصاص ، لأن العبد مبقى على أصل الحرية فى حقهما زيلعى (قوله مكلف) شرط التكليف لأن إقرار الصبى والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبى مأذونا له فيصح إقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لأنه لو لم يصح إقراره لا يعامله أحد فدخل فى الإذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعوارى والمضاربات والغصوب فيصح إقراره بها لالتحاقه فى حقها بالبالغ العاقل لأن الإذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح إقراره بها لأن التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء ، فلا تدخل تحت الإذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز وإقرار السكران جائز إذا سكر بمحظور ، لأنه لا ينافى الخطاب إلا إذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة وإن سكر بمباح كالشرب مكرها لايلزمه شىء زيلعى والردة كالحدود الخالصة حموى (قوله يقظان) أخرج به النائم فلا يؤاخذ بما أقر به فى النوم لارتفاع الأحكام عنه (قوله طائعا) أخرج به المكره فلا يصح إقراره ، ولو بطلاق وعتاق كما تقدم أما طلاقه وعتاقه فيقعان (قوله إن أقروا بتجارة) أى بمال فيصح وجوابه قول المصنف الآتى صح أى صح للحال (قوله كإقرار محجور) أى عبد لأنه مبقى على أصل الحرية فى الحدود والقصاص ولأنه غير متهم بهذا الإقرار لأن ما يدخل عليه بهذا الإقرار من المضرة أعظم مما يدخل على مولاه ، وليس هو عائدا إلى الصبى والمعتوه فإنه لا حد عليهما ، ولا قود لأن عمد الصبى خطأ والمعتوه كالصبى ، ويدل على تخصيصه بالعبد قول الشارح وإلا فبعد عتقه أى إلا يكن إقرار العبد المحجور بحد أو قود بل بمال ، فإنه لا ينفذ عليه فى الحال لأنه وما فى يده لمولاه والإقرار حجة قاصرة لاتتعدى لغير المقر ، فلا ينفذ على مولاه فإن عتق سقط حق المولى عنه فنفذ إقراره على نفسه والأولى أن يعبر بدل المحجور بالعبد وأن يؤخره بعد قوله الآتى صح (قوله بحد وقود) أى مما لا تهمة فيه كما ذكرنا فيصح للحال وقوله : وإلا أى بأن كان

فبعد عتقه ونائم ومغمى عليه كمجنون وسيجىء السكران ومر المكره (بحق معلوم أو مجهول صح) لأن جهالة المقر به لا تضر إلا إذا بين سببا تضره الجهالة كبيع وإجارة .

وأما جهالة المقر فتضر كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضى عليه إلا إذا جمع بين نفسه وعبده فيصح ، وكذا تضر جهالة المقر له إن فحشت كالواحد من الناس على كذا وإلا لا كلأحد هذين على كذا فيصح

مما فيه تهمة (قوله فبعد عتقه) أى فتتأخر المؤاخذة به إلى عتقه وكذا المأذون رعاية لحق المولى عينى (قوله ونائم) قصد بهذا كالذى قبله وبعده بيان المحترزات (قوله أو مجهول) إنما صح الإقرار به لأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته أو جرح جراحة لا يعلم أرشها والضمير فى صح يرجع للإقرار المعلوم من أقر (قوله لأن جهالة المقر به لاتضر) كما إذا أقر أنه غصب من رجل مالا مجهولا فى كيس أو أودعه مالا فى كيس صح الغصب والوديعة ، وثبت حكمهما لأن الحق قد يلزمه مجهولا الخ (قوله إلا إذا بين سببا تضره الجهالة كبيع) أى لو قال له سهم من دارى غير معين ولا معلوم مقداره ، لأنى قد كنت بعته ذلك لا يصح لأن البيع المجهول فاسد ، وكذا لو كان الإقرار بإجارة كذلك .

واعلم أن المقر بالمجهول تارة يطلق وتارة يبين سببا لا تضره الجهالة كالغصب والجناية وتارة يبين سببا تضره الجهالة فالأول يصح ، ويحمل على أن المقر به لزمه بسبب لا تضره الجهالة ، والثانى ظاهر ، والثالث لا يصح الإقرار به كالبيع والإجارة ؛ فإن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو آجر من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشىء لا يصح إقراره ، ولا يجبر المقر على تسليم شىء أفاده فى الدرر والشرنبلالية (قوله كقوله لك على أحدنا ألف) ظاهره أن القائل واحد من جماعة ، ولو يحصون وصدوره من أحدهم لا يعين أنه هو المطالب ، وأنه لا يجبر المتكلم على البيان (قوله إلا إذا جمع بين نفسه وعبده فيصح) هذا فى حكم المعلوم لأن ما على عبده يرجع إليه فى المعنى لكن إنما يظهر هذا فيما يلزمه فى الحال أما ما يلزمه بعد الحرية فهو كالأجنبى فيه فإذا جمعه مع نفسه كان كقوله لك على أو على زيد وهو مجهول لا يصح حموى قال فى الأشباه إلا فى مسألتين فلا يصح الأولى أن يكون العبد مديونا الثانية أن يكون مكاتبا فافهم (قوله وكذا تضر جهالة المقر له) أى فتبطل فائدة الإقرار لعدم اعتباره (قوله وإلا لا) أى لا تضر الجهالة إن لم تتفاحش على ما ذكر شيخ الإسلام فى مبسوطه والناطفى فى واقعاته وسوى شمس الأئمة بين المتفاحشة وغيرها فى عدم الاعتبار ، لأن المجهول لا يصلح مستحقا إذ لا يمكنه جبره على البيان من غير تعيين المدعى فلا يفيد فائدته كما فى المنح .

قال الحموى : أقول : مثل شراح الهداية وغيرها للفاحشة بأن قال لواحد من الناس ولغير الفاحشة بأن قال لأحدكما ووقع تردد بدرس شيخ مشايخنا بين أهل الدرس ، لو قال لأحدكم وهم ثلاثة أو أكثر محصورون هل هو من الثانى أو الأول فمال بعضهم إلى أنه من قبيل غير الفاحشة ، وانتصر له بما فى الخانية لو قال من بايعك من هؤلاء وأشار إلى قوم معينين معدودين فأنا قبيل بثمنه جاز اهـ . قال السائحانى : ويظهر لى أن المتفاحش مائة .

أقول : لكن الذى يظهر لى أن المتفاحش ما زاد على المائة أخذا من قولهم فى كتاب الشهادات من الباب الرابع فيمن تقبل شهادته من الهندية عن الخلاصة شهادة الجند للأمير لا تقبل إن كانوا يحصون ، وإن كانوا لا يحصون تقبل نص فى الصيرفية فى حد الإحصاء مائة وما دونه ، وما زاد عليه فهؤلاء لا يحصون كذا فى جواهر الإخلاطى وقدمناه فى الشهادات (قوله فيصح) لأن صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفى مثله يؤمر بالتذكر لأن المقر قد

ولا يجبر على البيان لجهالة المدعى بحر ونقله فى الدرر لكن باختصار مخل كما بينه عزمى زاده

ينسى صاحب الحق منح وهذا قول الناطفى وقال السرخسى : إنها تضر أيضا (قوله ولا يجبر على البيان) أى إن فحشت أولا زاد الزيلعى : ويؤمر بالتذكر لأن المقر قد ينسى صاحب الحق وزاد فى غاية البيان أنه يحلف لكل واحد منهما إذا ادعى وفى التاترخانية ، ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يمينا على حدة بعضهم قالوا نعم ويبدأ القاضى بيمين أيهما شاء أو يقرع ، وإذا حلف لكل لايخلو من ثلاثة أوجه : إن حلف لأحدهما فقط يقضى بالعبد للآخر فقط ، وإن نكل لهما يقضى به وبقيمة الولد بينهما نصفين سواء نكل لهما جملة بأن حلفه القاضى لهما يمينا واحدة أو على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة ، وإن حلف فقد برئ عن دعوة كل فإن أراد أن يصطلحا وأخذا العبد منه لهما ذلك فى قول أبى يوسف الأول ، وهو قول محمد كما قبل الحلف ثم رجع أبو يوسف وقال : لايجوز اصطلاحهما بعد الحلف قالوا ولا رواية عن أبى حنيفة اهـ .

أقول : والحاصل : أن قول الشارح ولا يجبر على البيان موافق لما فى البحر والزيلعى والعينى ، وشرح السيد الحموى ويخالفه مافى الدرر عن الكافى حيث قال : وإن لم يفحش بأن أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فإنه لايصح عند شمس الأئمة السرخسى ، لأنه إقرار للمجهول وقيل يصح وهو الأصح لأنه يفيد وصول الحق إلى المستحق ، لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ ويقال له : بين المجهول لأن الإجمال من جهته كما لو أعتق أحد عبديه ، وإن لم يبين أجبره القاضى على البيان إيصالا للحق إلى المستحق اهـ وكلام الشرنبلالية يفيد موافقة مافى الدرر من أنه يجبر على البيان حيث قال قوله : كما لو أعتق أحد عبديه يعنى من غير تعيين أما لو أعتق أحدهما بعينه ، ثم نسيه لايجبر على البيان كما فى المحيط اهـ .

وأقول : قوله لأن الإجمال الخ هكذا فى الهداية وعامة الشراح قاطبة ربطوا هذا الكلام على صحة الإقرار للمجهول وصاحب الدرر ظن أنه مرتبط بالإقرار بالمجهول ، وليس كذلك كما يظهر لمن نظر نظر التدبر فى كلام صاحب الكافى أيضا وقد سبق أنه لاجبر على المقر لبيان المقر له عند كونه مجهولا غير متفاحش ، فاللائق عليه أن يأتى بهذا الكلام فى شرح قوله : ولزمه بيان ماجهل .

أقول : وإنما يجبره القاضى على البيان فيما إذا أعتق أحد عبديه من غير تعيين ، لأن الظاهر من حال المقر هو العلم بالحق الذى أقر به ، فيجب عليه البيان لايقال إنه تقدم عند قوله أو مجهول أن المقر قد يتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها لأنا نقول إن ذلك احتمال اعتبر هناك بتصحيح الإقرار بالمجهول ، ولا يلزم من ذلك أن يسمع قوله لاأدرى فى جميع ماأقر به بل على القاضى أن يعتمد على ظاهر الحال ولا يصدقه فيما هو محتمل .(قوله لجهالة المدعى) أى فيهما ولأنه قد يؤدى إلى إبطال الحق على المستحق والقاضى إنما نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله اهـ منح .(قوله بحر) تتمة عبارته ولكل منهما أن يحلفه (قوله ونقله فى الدرر لكن باختصار مخل كما بينه عزمى زاده) .ليس فى كلامه اختصار مخل بل زيادة مضرة ذكرها فى غير موضعها وقد سمعت عبارته وصدرها ، ولم يصح الإقرار للمجهول إذا فحشت جهالته بأن يقول : هذا العبد لواحد من الناس لأن المجهول لايكون مستحقا ، وإن لم تفحش إلى آخر ماقدمنا عنها واعترضه عزمى زاده بأن قوله : ويقال له بين المجهول مرتبط بصحة الإقرار ، مع جهالة المقر به لابعدم الصحة فى جهالة المقر له ولا مساغ لحمله على ذلك لأنه علل المسألة بأنه إقرار للمجهول ، ولا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان ، وصاحب الحق مجهول وكان الواجب ذكر هذه المسألة فى أثناء شرح قوله : أقر بمجهول صح ليوافق كلامه كلامهم ومرامه مرامهم اهـ .

وحاصله : أن ماذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو فيما إذا جهل المقر به لاالمقر له لقول الكافى لأنه إقرار للمجهول ، وأنه لايفيد لأن فائدته الجبر على البيان ، ولا يجبر على البيان لأنه إنما يكون ذلك لصاحب الحق وهو مجهول .

[فرع] لم يذكر الإقرار العام وذكره فى البحر ، وفى المنح وصح الإقرار بالعام كما فى يدى من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع مايعرف بى أو جميع ماينسب إلىّ لفلان وإن اختلفا فى عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أولا فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة فى يده وقته .

واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار ، لكنه يرتد برد المقر له صرح به فى الخلاصه ، وكثير من الكتب المعتمدة واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادى وقاضيخان الإقرار للغائب يتوقف على التصديق ثم أجاب عنه وبحث فى الجواب الرملى ثم أجاب عن الإشكال بما حاصله أن اللزوم غير الصحة ، ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولى ، فالمتوقف لزومه لاصحته فالإقرار للغائب لايلزم ، حتى صح إقراره لغيره كما لايلزم من جانب المقر له حتى صح رده ، وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لايصح إقراره لغيره به قبل رده ، ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده وأما الصحة فلا شبهة فيها من الجانبين بدون القبول وقدمنا شيئا من ذلك فارجع إليه (قوله ولزمه بيان ماجهل) أى يجبر عليه إذا امتنع كما فى الشمنى ، لأنه لزمه الخروج عما وجب عليه بالإقرار لأن كثيرا من الأسباب تتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة ، لأن الإنسان يغصب مايصادف ويودع ماعنده من غير تحرير فى قدره وجنسه ووصفه ، فيحمل عليه ، حتى لو فسره بالبيع أو الإجارة لايصح إقراره ، لأن هذه العقود لاتصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان زيلعى .

قال العلامة الخير الرملى : أقول به استخرجت جواب حادثة الفتوى كرم وقف استهلك العامل عليه حصة الوقف مدة سنين أو مات العامل وأقر ورثته باستهلاك ثمرته فى السنين المعينة إقراراً مجهولا فى الغلة .

فأجبت : بأنهم يجبرون على البيان والقول لهم مع الحلف إلا أن يقيم المتولى بينة بأكثر فتأمل اه .

وقال أيضا : ذكر صاحب البحر فى البيع فى شرح قوله : وإن اختلفت النقود فسد البيع لو أقر بعشرة دنانير حمر وفى البلد نقود مختلفة حمر لايصح بلا بيان بخلاف البيع فإنه يتصرف إلى الأروج اه ولا ريب أن معنى قوله : لا يصح بلا بيان : أى لا يثبت به شىء بلا بيان بخلاف البيع فإنه يثبت الأروج بدون بيان إذ صحة الإقرار بالمجهول مقررة وعليه البيان تأمل وفى المقدسى . ولو بين الغصب فى عقار أو خمر مسلم صح لأنه مال فإن قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، وهو لايصدق على العقار وخمر المسلم . وأجيب : بأن ذلك حقيقة وقد تترك بدلالة العادة وفى خير مطلوب سواء عين فى هذه البلدة أو غيرها ولو قال : الدار التى فى يد فلان صح بيانه ، ولا تؤخذ من يده ولا يضمن المقر شيئا لأنه أقر بغصبها وهى لا تضمن بالغصب اه .

أقول : وإنما يلزمه بيان ما جهل هذا إذا لم يمكن الحكم عليه من الخارج أما إذا أمكن فلا ويحكم عليه بالمتيقن ، ألا يرى أنه لو قال : لاأدرى له علىّ سدس أو ربع فإنه يلزم الأقل وسيأتى ما يوضح ما ظهر لى وفى المقدسى له على عبد أوقال له شرك فيه أوجب أبو يوسف قيمة وسط فى الأول والشطر فى الثانى ومحمد البيان فيهما ولو قال له عشرة دراهم ودانق أو قيراط فهما من الدراهم . وفى الخانية له على ثوب أو عبد صح

كشيء وحق (بذى قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبى حر لأنه رجوع فلا يصح (والقول للمقر مع حلفه) لأنه المنكر (إن ادعى المقر له أكثر منه) ولا بينة (ولا يصدق فى أقل من درهم فى على مال ومن النصاب) أى نصاب الزكاة فى الأصح اختيار وقيل : إن المقر فقيرا فنصاب السرقة وصحح (فى مال عظيم)

ويقضى بقيمة وسط عند أبى يوسف وقال محمد : القول له فى القيمة وفى الأشباه الإقرار بالمجهول صحيح واعترضه الحموى بما فى الملتقط إذا قال على دار أو شاة قال أبو يوسف : يلزمه الضمان بقيمة المقر به والقول قوله ، وقال بشر : تجب الشاة اه ويمكن الجواب بمشى الأشباه على قول الإمام والخانية والملتقط على قول غيره ، ولعل المراد بالوسط أو القيمة من أقل المقر به لأنه مقر بأحدهما المبهم إلا بالاثنين وحينئذ فخالف بشر لفظى كذا بخط العلامة السائحانى (قوله كشىء وحق) بأن قال على لفلان شىء أو حق لأن الحق قد يلزم مجهولا بأن يتلف مالا أو يجرح جراحة أو تبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمتها ، ولا أرشها ولا قدرها كما فى العينى ولو قال فى قوله : على حق أردت به حق الاسلام لم يصدق مطلقا سواء قاله موصولا أو مفصولا وهو ظاهر كلام الزيلعى والعينى والكفاية لأنه خلاف العرف ، فإذا بين بغير ذلك كان رجوعا فلا يصح وعليه المعول كما فى التبيين .

وفى تكملة قاضى زاده أنه إذا وصله صدق وإن فصله لا يصدق وعليه مشى فى التاترخانية ونقله الحموى وكذا نقله صاحب الكفاية عن المحيط والمستزاد كما فى الشلبى .

قال السيد الحموى بقى لو مات قبل البيان توقف فيه الشيخ الخانونى قال العلامة الشرنبلالى : وينبغى أن يرجع فيه للورثة اه وفيه أن الوارث إذا كان لا يعلم كيف يرجع إليه فليحرر بالنقل وفيه أن الوارث قد يعلم فالرجوع إليه لاستكشاف ما عنده فإن علمه وافق عمل به قال العلامة المقدسى : ينبغى أن يصدق فى حق الشفعة أو التطرق ونحوه اه (قوله والقول للمقر مع حلفه لأنه المنكر) ولأنه لما كذبه فيما بين وادعى شيئا آخر بطل إقراره بتكذيبه وكان القول للمقر فيما ادعى عليه اه (قوله ولا يصدق فى أقل من درهم فى على مال) لأن ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر زيلعى ومثله فى الهداية . وهذا استحسان وفى القياس يصدق فى القليل والكثير كما قال القدورى .

قال ط : وظاهر البحر أنه يلزمه درهم ، ولا يجبر على البيان وعبارته ولو قال : لفلان على دار أو عبد لا يلزمه شيء أو مال قليل أو درهم عظيم أو دريهم لزمه درهم (قوله ومن النصاب) معطوف على قوله من درهم وكذا المعطوفات بعده (قوله أى نصاب الزكاة) لأنه عظيم فى الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وأوجب عليه مواساة الفقراء وفى العرف حتى يعد من الأغنياء عادة منح (قوله وقيل إن المقر فقيرا الخ) قال فى المنح والأصح أنه على قوله مبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فإن القليل عند الفقير عظيم ، وأضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم وهو فى الشرع متعارض ، فإن المائتين فى الزكاة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيم ، فيرجع إلى حاله كذا فى النهاية (قوله فى مال عظيم) معطوف على قوله فى على مال المعمول ليصدق ففيه العطف على معمولين لعاملين مختلفين ، وهو لا يجوز والأولى أن يقول : ولزم فى على مال درهم وفى على مال عظيم نصاب ، وحينئذ ففيه العطف على معمولين لعامل واحد تأمل .

واعلم أن المال القليل درهم فإذا قال فى له على مال عظيم وسئل البيان فقال لا قليل ولا كثير لزمه مائتان

لو بينه (من الذهب أو الفضة ومن خمس وعشرين من الإبل) لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه (ومن قدر النصاب قيمة فى غير مال الزكاة ومن ثلاثة نصب فى أموال عظام) ولو فسره بغير مال الزكاة اعتبر قيمتها كما مر (وفى دراهم ثلاثة و) فى (دراهم) أو دنانير أو ثياب (كثيرة عشرة) لأنها نهاية اسم الجمع (وكذا درهما درهما)

لأنه لما قال لاقليل لزمه الكثير كذا عن محمد ويظهرلى أن يلزمه عند الإمام عشرة إذهى الكثير عنده ولوقال له على شىء من الدراهم أو من دراهم فعليه ثلاثة .

قلت : وعلى تقدير من تبعيضية لايظهر مقدسى (قوله لو بينه الخ) بأن قال مال عظيم من الذهب أوقال من الفضة لزمه النصاب من المقر به ومن الابل أخذ نصابها أيضا فإن قال : من ثياب أو كتب اعتبر النصاب بالقيمة (قوله ومن خمس وعشرين من الإبل) أى ولا يصدق فى أقل من خمس وعشرين لو قال : مال عظيم من الإبل (قوله لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه) جواب سؤال حاصله : أن أدنى نصاب الإبل خمس فإنه يؤخذ فيها شاة .

وحاصل الجواب : أن مادون الخمس والعشرين من الإبل لايجب فيه الزكاة من جنسه ، وإن وجبت فيه الزكاة وتقرير ذلك أن الخمس من الإبل ، وإن كانت مالا عظيما فعظمه لمالكه نسبى فصار له جهتان جهة الغنى بتملكها فأوجبنا الشاة فيها وجهة عدم العظام الحقيقى فقلنا بعدم جواز صدقة فيها منها أفاده الحموى . والظاهر أنه يعتبر فى البقر والغنم نصابهما إذا بين بهما كما يستفاد من المنح ط (قوله ومن ثلاثة نصب فى أموال عظام) لأن أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق فى أقل منه للتيقن به ، وينبغى على قياس قول الإمام أن يعتبر فيه حال المقر منح .

وفى الذخيرة : ولو قال مال نفيس أوكريم أو خطير أو جليل قال الناطفى لم أجده منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه إذا قال : على دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لأن أدنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة ولو قال : دراهم أضعاف مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما لأن أضعافا لفظ الجمع ، وأقله ثلاثة فتصير تسعة ومضاعفة التسعة ثمانية عشر ذكره الشمنى (قوله ثلاثة) لأنها أدنى الجمع (قوله عشرة) عند الإمام وقالا نصاب ، والأصل أن رعاية الكثرة واجبة لكنه اعتبر العرف لغة وهما اعتبراه شرعا (قوله لأنها نهاية اسم الجمع) الإضافة للبيان أى نهاية اسم هو الجمع وهو دراهم إذ هو جمع درهم ، وليس المراد اسم الجمع المصطلح عليه كما لا يخفى يعنى أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا : لا يصدق فى أقل من نصاب : والأصل فيه ما قدمنا من أن رعاية الكثرة واجبة الخ وهو أول ما يصدق عليه جمع الكثرة أما تعليل الشارح ، فيوهم أن العبرة لأقل ما يصدق اللفظ لا لنهايته إذهى مشكوكة والمال لا يثبت بالشك فتعين ما قلنا تأمل (قوله وكذا درهما درهم) أى لا يصدق فى أقل من درهم فى قوله له على كذا درهما لأنه تفسير للمبهم كذا فى الهداية وفيه ما سبق من مخالفة العطف ، قال الإتقانى : وينبغى أن يلزمه فى هذا أحد عشرة لأنه أول العدد الذى يقع مميزه منصوبا هكذا نقل عن أهل اللغة فلا يصدق فى بيانه بدرهم والقياس فيه ماقاله فى مختصر الأسرار إذا قال له كذا درهم أنه يلزمه عشرون لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب . وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن اه ومثله فى الشرنبلالية .

وفى السراج : وإن قال كذا درهما لزمه عشرون وإن قال كذا درهم بالخفض لزمه مائة وإن قال : كذا

على المعتمد ولو خفضه لزمه مائة درهم وفى دريهم أودرهم عظيم درهم والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة زيلعى . (وكذاكذا) درهما (أحد عشر وكذا وكذا أحد وعشرون) لأن نظيره بالواو أحد وعشرون (ولو ثلث بلا واو فأحد عشر) إذ لا نظير له فحمل على التكرار (ومعها فمائة وأحد وعشرون وإن ربع) مع الواو (زيد ألف)

درهم بالرفع أو بالسكون لزمه درهم واحد لأنه تفسير للمبهم (قوله على المعتمد) لأن ما فى المتون مقدم على مافى الفتاوى شرنبلالية وفى التتمة والذخيرة درهمان ، لأن كذا كناية عن العدد وأقله اثنان إذ الواحد لايعد حتى يكون معه شيء وفى شرح المختار قيل: يلزمه عشرون وهو القياس لأن أقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون منح (قوله ولو خفضه لزمه مائة درهم) كذا روى عن محمد وإن قال كذا كذا درهم بالخفض لزمه ثلثمائة والتوجيه فى غاية البيان (قوله وفى دريهم الخ) أى بالتصغير ، وكذا لو صغر الدينار يلزمه تاما لأن التصغير يكون لصغر الحجم وللاستحقار ولخفة الوزن فلا ينقص الوزن بالشك ط (قوله أو درهم عظيم) إنما لزمه درهم لأن الدرهم معلوم القدر فلا يزداد قدره بقوله عظيم لأنه وصف اه تبيين .

قال المقدسى : ينبغى إذا كانت الدراهم مختلفة أن يجب من أعظمها عملا بالوصف المذكور حموى (قوله والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة) قال صاحب الهداية ، وينصرف إلى الوزن المعتاد أى بين الناس ، وذلك لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف وهو غالب نقد البلد . ولا يصدق فى أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه .

قال فى تحفة الفقهاء: ولو قال على ألف درهم فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد وإن لم يكن شيئا متعارفا يحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر فى الشرع ، وكذلك فى الدينار يعتبر المثاقيل إلا فى موضع متعارف فيه بخلافه اه شلبى .

وفى الكافى : وإن كان نقد البلد مختلفا فهو على الأقل من ذلك اه ولا يصدق إن ادعى وزنا دون ذلك اه بتصرف فقوله إلا بحجة إن أريد بها البيان فالأمر ظاهر وإن لم يكن بيانا فالحجة عرف البلد فتدبر ط (قوله وكذا كذا درهما) بالنصب (قوله أحد عشر) لأنه ذكر عددين مبهمين بدون حرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد عشر وأكثره تسعة عشر ، والأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه منح وبالخفض ثلثمائة وفى كذا وكذا درهما ، وكذا وكذا دينارا عليه من كل أحد عشر ، وفى كذاكذا دينارا ودرهما أحد عشر منهما جميعا ويقسم ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير احتياطا ولا يعكس، لأن الدراهم أقل مالية والقياس خمسة ونصف من كل لكن ليس فى لفظه ما يدل على الكثر غاية البيان ملخصا .

أقول : لكن مقتضى الاحتياط أن يلزمه دينار واحد وعشرة دراهم لأنه أقل مايصدق عليه القول المذكور تأمل (قوله لأن نظيره الخ) لو قال : لأن أقل نظير له واحد وعشرون لكان أولى .

قال فى المنح : لأنه فصل بينهما بحرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد وعشرون ، وأكثره تسعة وتسعون والأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه اه (قوله ولو ثلث) بأن قال كذا كذا كذا درهما (قوله إذ لا نظير له) وما قيل نظيره مائة ألف ألف فسهو ظاهر لأن الكلام فى نصب الدرهم وتمييز هذا العدد مجرور ولينظر هل إذا جره يلزمه ذلك وظاهر كلامهم لا (قوله فحمل على التكرار) أى تكرار لفظ كذا الأخير (قوله زيد ألف) فيجب ألف ومائة وأحد وعشرون لأنه أقل ما يعبر عنه بأربعة أعداد مع

ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدس زيد مائة ألف ولو سبع زيد ألف ألف وهكذا يعتبر نظيره أبدا .

(و) لو قال له (على أو) له (قبلي) فهو (إقرار بدين) لأن على للإيجاب وقبلي للضمان غالبا (وصدق إن وصل به هو وديعة) لأنه يحتمله مجازا (وإن فصل لا) يصدق لتقرره بالسكوت (عندى أو معى أو فى بيتى أو) فى (كيسى أو) فى (صندوقى) إقرار بال (أمانة) عملا بالعرف (جميع ما) لى أو ما (أملكه له) أو له

الواو ط عن أبى السعود (قوله ولو خمس زيد عشرة آلاف) هذا حكاه العينى بلفظ ينبغى لكنه غلط ظاهر ، لأن العشرة آلاف تتركب مع الألف بلا واو فيقال : أحد عشر ألفا فتهدر الواو التى تعتبر مهما أمكن وهنا ممكن فيقال : أحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون درهما . نعم قوله : ولو سدس الخ مستقيم سائحانى أى بأن قال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا وأحد وعشرون درهما ، وكذا لو سبع زيد قبله ألف ألف وما ذكره أحسن من قول بعضهم قوله زيد عشرة آلاف فيه أنه يضم الألف إلى العشرة آلاف فيقال : أحد عشر والقياس لزوم مائة ألف وعشرة آلاف الخ اه لأن أحد وعشرون ألفا أقل من مائة ألف وقد أمكن اعتبار الأقل ، فلا يجب الأكثر ويلزم أيضا اختلال المسائل التى بعده كلها فيقال لو خمس زيد مائة ألف ، ولو سدس زيد ألف ألف وهكذا بخلافه على ما مر فتدبر (قوله وهكذا يعتبر نظيره أبدا) أى كلما زاد معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت به العادة إلى مالا يتناهى كما فى البحر : وفيه والمعتبر الوزن المعتاد فى كل زمان أو مكان والنيف مجهول يرجع إليه فيه والبضعة للثلاثة اه فلو قال : عشرة ونيف فالبيان فى النيف إليه فإن فسره بأقل من درهم جاز . لأن النيف مطلق الزيادة . ولو قال : بضع وعشرون ففى البدائع البضع فى عرف اللغة من الثلاثة إلى التسعة فيحمل على الأقل للتيقن وفى البزازية : البضعة النصف (قوله لأن على للإيجاب) قال الإتقانى : أما قوله على فإنما كان إقرارا بالدين بسبيل الاقتضاء ، وإن لم يذكر الدين صريحا لأن كلمة على تستعمل فى الإيجاب . ومحل الإيجاب الذمة والثابت فى الذمة الدين لا العين فصار إقراره بالدين مقتضى قوله على والثابت اقتضاء كالثابت نصا . ولو نص فقال : لفلان على ألف درهم دين كان مقرا بالدين لا بالعين فكذلك هنا اه (قوله وقبلى للضمان غالبا) قال الإتقانى : لأن قوله قبلى وإن كان يستعمل فى الإيجابات والأمانات يقال لفلان قبلى وديعة وقبلى أمانة غلب استعماله فى الإيجابات والمطلق من الكلام ينصرف إلى ما هو الغالب فى الاستعمال اه .

قال الزمخشرى : كل من تقبل بشىء مقاطعة وكتب عليه بذلك كتابا فالكتاب الذى يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لأنه صناعة اه .

وفى بعض النسخ : وقبل عوض وقبلى (قوله وصدق إن وصل به هو وديعة) أى بأن يقول له على ألف درهم وديعة فلا تكون على الإلزام وكذا لو قال : أردت به الوديعة متصلا عينى (قوله لأنه يحتمله مجازا) وذلك لأن لفظ على وقبلى ينشآن عن الوجوب . وهو متحقق فى الوديعة إذ حفظها واجب فقوله : له على كذا أى يجب له على حفظ كذا فأطلق محل وجوب الحفظ . وهو المال وأراد الحال فيه وهو وجوب حفظه ، وأما قبلى فقد تقدم أنها تستعمل فى الأمانة ط (قوله لتقرره بالسكوت) فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط ط (قوله عندى) أى له عندى وكذا يقال فى الجميع (قوله عملا بالعرف) لأن الكل إقرار بكون الشىء فى يده وذا يكون أمانة لأنه قد يكون مضمونا وقد يكون أمانة وهذه أقلهما وفى كفالة الخيرية عن التاتارخانية لفظة عندى : للوديعة لكنه بقرينة الدين تكون كفالة وفى الزيلعى مطلقه يحتمل العرف . وفى العرف إذا قرن بالدين يكون ضمانا وقد صرح قاضيخان بأن عند إذا استعملت فى الدين يراد به الوجوب اه .

من مالى أو دراهمى كذا فهو (هبة لا إقرار) ولو عبر بفى مالى أو بفى دراهمى كان إقرارا بالشركة (فلابد) لصحة الهبة (من التسليم) بخلاف الإقرار والأصل أنه متى أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة ولا يرد ما فى بيتى

أقول : وكأنه فى عرفهم إقرار بالأمانة أما العرف اليوم فى عندى ومعى للدين لكن ذكروا علة أخرى تفيد عدم اعتبار عرفنا اه .

قال المقدسى : لأن هذه المواضع محل العين لا الدين إذ محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدنى فحمل عليها والعرف يشهد له أيضا ، فإن قيل : له على مائة وديعة دين أو دين وديعة لا تثبت الأمانة مع أنها أقلهما . أجيب : بأن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فإذا اجتمعا فى الإقرار يترجح الدين اه أى بخلاف اللفظ الواحد المحتمل لمعنيين كما هنا تأمل .

قال الخير الرملى : والظاهر فى كلمة عندى أنها عند الإطلاق للأمانة ولذا قال فى التاترخانية إنها بقرينة الدين تكون للكفالة ، ويستفاد من هذا أنها بقرينة الغصب تكون له كما لو قال : غصبت منى كذا فقال : عندى فتأمل . ويستفاد منه أيضا أنه لو سأل القاضى المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال : عندى يكون إقرارا بالمدعى وقد نص عليه السبكى من أئمة الشافعية ولا تأباه قواعدنا فتأمل اه (قوله فهو هبة لا إقرار) أى لأن ماله أو ما ملكه يمتنع أن يكون لآخر فى ذلك الحال ، فلا يصح الإقرار واللفظ يحتمل الإنشاء فيحمل عليه ويكون هبة (قوله كان إقرارا بالشركة) قال الحموى : لو قال له فى مالى ألف درهم أو فى دراهمى هذه فهو إقرار ، ثم إن كان مميزا فوديعة وإلا فشركة اه فكان عليه أن يقول : أو بالوديعة (قوله بخلاف الإقرار) فإنه لو كان إقرارا لا يحتاج إلى التسليم ، والأوضح أن يقول بخلاف ما لو كان إقرارا كما أن الأوضح فلابد فيها من التسليم (قوله والأصل أنه متى أضاف المقر به الخ) ينبغى تقييده بما إذا لم يأت بلفظ فى كما يعلم مما قبله (قوله كان هبة) لأن إضافته إلى نفسه تنافى حمله على الإقرار الذى هو إخبار لا إنشاء فيجعل إنشاء ، فيكون هبة فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة منح . إذا قال : اشهدوا أنى قد أوصيت لفلان بألف ، وأوصيت أن لفلان فى مالى ألفا فالأولى وصية والأخرى إقرار وفى الأصل : إذا قال فى وصيته سدس دارى لفلان فهو وصية ، ولوقال : لفلان سدس فى دارى فإقرار ، لأنه فى الأول جعل له سدس دار جميعها مضاف إلى نفسه وإنما يكون ذلك بقصد التمليك وفى الثانى جعل دار نفسه ظرفا للسدس الذى سماه كان لفلان(١) وإنما يكون داره ظرفا لذلك السدس إذا كان السدس مملوكا لفلان قبل ذلك فيكون إقرارا ، أما لو كان إنشاء لا يكون ظرفا لأن الدار كلها له فلايكون البعض ظرفا للبعض . وعلى هذا إذا قال له ألف درهم من مالى فهو وصية استحسانا إذا كان فى ذكر الوصية وإن قال فى مالى فهو إقرار اه من النهاية .

فقول المصنف : فهو هبة أى إن لم يكن فى ذكر الوصية وفى هذا الأصل خلاف كما ذكره فى المنح وسيأتى فى متفرقات الهبة عن البزازية وغيرها الدين الذى لى على فلان لفلان أنه إقرار واستشكله الشارح هناك وأوضحه سيدى الوالد ثمة فراجعه (قوله ولا يرد) أى على منطوق الأصل المذكور فإن الإضافة موجودة ومع ذلك جعل إقرارا لكن الإضافة فى الظرف لا المظروف وهو المقر به (قوله ما فى بيتى) أى فإنه إقرار وكذا ما فى منزلى ، ويدخل فيه الدواب التى يبعثها فى النهار وتأوى إليه بالليل وكذا العبيد كذلك كما فى التاترخانية

---

(١) قوله (الذى سماه كان لفلان) هكذا بأصله . والذى فى حاشية والده رحمه الله تعالى : الذى كان لفلان بحذف سماه فليحرر اه مصححه .

لأنها إضافة نسبة لا ملك ولا الأرض التى حدودها كذا لطفلى فلان فإنه هبة وإن لم يقبضه لأنه فى يده إلا أن يكون مما يحتمل القسمة فيشترط قبضه مفرزا اهـ. للإضافة تقديرا بدليل قول المصنف أقر لآخر بمعين ولم يضفه لكن من المعلوم لكثير من الناس أنه ملكه

(قوله لأنها إضافة نسبة) أى فإنه أضاف الظرف لا المظروف المقر به كما علمت يعنى أن الإضافة هنا كلا إضافة لاحتمال أن البيت أو الصندوق أو الكيس ملك غيره ، ومر فى الأيمان أن المراد بالبيت ما ينسب إليه بالسكنى سواء كان بملك أو إجارة أو إعارة أو غير ذلك والمقر به هنا ما فى البيت وهو غير مضاف أصلا فيكون قوله ما فى بيتى إقرارا لا تمليكا لعدم وجود إضافة المقر به إلى ملكه بل جعله مظروفا فيما أضيف إليه نسبة (قوله ولا الأرض) عطف على ما قبله أى ولا يرد على عكس القاعدة قوله الأرض ، وهو أنه إذا لم يضفه كان إقرارا وإنما لا ورود لها على الأصل المتقدم إذ لا إضافة فيها إلى ملكه . نعم نقلها فى المنح عن الخانية على أنها تمليك ثم نقل عن المنتقى نظيرتها على أنها إقرار ، وكذا نقل عن القنية ما يفيد ذلك حيث قال : إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه فى الإقرار وإن أطلق فإقرار كما فى سدس دارى وسدس هذه الدار ، ثم نقل عنها ما يخالفه ثم قال قلت : بعض هذه الفروع يقتضى التسوية بين الإضافة وعدمها فيفيد أن فى المسألة خلافا ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض ، لأن كونه فى يده قبض فلا فرق بين الإقرار والتمليك بخلاف الأجنبى . ولو كان فى مسألة الصغير شىء مما يحتمل القسمة ظهر الفرق بين الإقرار والتمليك فى حقه أيضا لافتقاره إلى القبض مفرزا اهـ .

ثم قال : وهنا مسألة كثيرة الوقوع : وهى ما إذا أقر لآخر إلى آخر ما ذكر الشارح مختصرا .

وحاصله أنه اختلف النقل فى قوله الأرض التى حدودها كذا لطفلى هل هو إقرار أو هبة . وأفاد أنه لا فرق بينهما إلا إذا كان فيها شىء مما يحتمل القسمة فتظهر حينئذ ثمرة الاختلاف فى وجوب القبض ، وعدمه وكأن مراد الشارح الإشارة إلى أن ما ذكره المصنف آخرا يفيد التوفيق بأن يحمل قول من قال : إنها تمليك على ما إذا كانت معلومة بين الناس أنها ملكه فيكون فيها الإضافة تقديرا وقول من قال : إنها إقرار على ما إذا لم تكن كذلك فقوله : ولا الأرض أى ولا ترد مسألة الأرض التى الخ على الأصل السابق فإنها هبة أى لو كانت معلومة أنها ملكه للإضافة تقديرا لكن لا يحتاج إلى التسليم كما اقتضاه الأصل لأنها فى يده وحينئذ يظهر دفع الورود تأمل (قوله وإن لم يقبضه) قال فى المنح ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض ، لأن كونه فى يده قبض له فلا فرق بين الإظهار أى الإقرار والتمليك بخلاف الأجنبى ، فإنه يشترط فى التمليك القبض دون الإقرار اهـ . وإنما يتم فى حق الصغير بدون قبض لأن هبة الأب لطفله تتم بقوله وهبت لطفلى فلان كذا ، ويقوم مقام الإيجاب والقبول ويكفى فى قبضها بقاؤها فى يده لأن الأب هو ولى طفله فيقوم إيجابه مقام إيجابه عن نفسه وقبوله لطفله لأنه هو الذى يقبل له وبقاؤها فى يده قبض لطفله إلا إذا كان ما وهبه مشاعا يحتمل القسمة فلابد من إفرازه وقبضه لطفله بعد القسمة لعدم صحة هبة المشاع (قوله إلا أن يكون مما يحتمل القسمة) أى وقد ملكه بعضه (قوله مفرزا) فى بعض النسخ بعد هذا اللفظ لفظ اهـ وفى بعضها بياض (قوله للإضافة تقديرا) علة لقوله ولا الأرض : أى إنما كانت تمليكا فى هذه المسألة وإن لم يوجد فيها إضافة صريحا ، لأن فيها إضافة تقديرية كأنه قال : أرضى الخ والدليل عليها أن ملكه إياها معلوم للناس .

فالحاصل : أن الإضافة إلى نفسه التى تقتضى التمليك إما أن تكون صريحة أو تقديرية تعلم بالقرائن كأن

فهل يكون إقرارا أو تمليكا ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك فراجعه .

(قال لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني به أو قضيتك إياه أو أبرأتني منه أو تصدقت به على أو وهبته لي أو أحلتك به على زيد) ونحوذلك (فهو إقرار له بها)

كان مشهورا بين الناس أنها ملكه وبهذا يظهر الجواب عن مسائل جعلوها تمليكا ولا إضافة فيها فلا حاجة إلى ما ادعاه المصنف من ثبوت الخلاف في المسألة حيث قال بعض هذه الفروع تقتضي التسوية أى في التمليك بين الإضافة ، وعدمها فيفيد أن في المسألة خلافا اه فليتأمل ط .ولا تنس ما قدمناه من إفادة التوفيق (قوله فهل يكون إقرارا أو تمليكا) أقول : المفهوم من كلامهم أنه إذا أضاف المقر به أو الموهوب إلى نفسه كان هبة وإلا يحتمل الإقرار والهبة فيعمل بالقرائن ، لكن يشكل على الأول ماعن نجم الأئمة البخارى أنه إقرار في الحالتين وربما يوفق بين كلامهم بأن الملك إذا كان ظاهرا للملك فهو تمليك وإلا فهو إقرار إن وجدت قرينة وتمليك إن وجدت قرينة تدل عليه فتأمل فإنا نجد في الحوادث ما يقتضيه رملي .

وقال السائحاني : أنت خبير بأن أقوال المذهب كثيرة والمشهور هو ما مر من قول الشارح والأصل الخ . وفي المنح : عن السعدى : أن إقرار الأب لولده الصغير بعين ماله تمليك إن أضاف ذلك إلى نفسه فانظر لقوله : بعين ماله ، ولقوله لولده الصغير فهو يشير إلى عدم اعتبار ما يعهد بل العبرة للفظ اه .

قلت : ويؤيده ما مر من قوله ما في بيتي وما في الخانية جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلى لفلان قال الإسكاف إقرار اه فإن ما في بيته وما يعرف به وينسب إليه يكون معلوما لكثير من الناس أنه ملكه ، فإن اليد والتصرف دليل الملك ، وقد صرحوا بأنه إقرار وأفتى به في الحامدية . وبه تأيد بحث السائحاني ، ولعله إنما عبر في مسألة الأرض بالهبة لعدم الفرق فيها بين الهبة والإقرار إذا كان ذلك لطفله ولذا ذكرها في المنتقى في جانب غير الطفل مضافة للمقر حيث قال : إذا قال أرضي هذه وذكر حدودها لفلان أو قال الأرض التي حدودها كذا لولدي فلان وهو صغير كان جائزا ويكون تمليكا فتأمل والله تعالى أعلم .

أقول : لعله إنما كان كذلك أى تمليكا من حيث أن الأرض مشهورة إنها ملك والده واستفادة الملك إنما تكون من جهته وذلك بالتمليك منه ، بخلاف الإقرار للأجنبي ولولده الكبير حيث يمكن أن تكون ملكهما من غير جهة المقر تأمل (قوله فقال اتزنه) أصله أو تزنه قلبت الواو تاء ، وأدغمت في التاء وهو أمر معناه خذ بالوزن الواجب لك على (قوله ونحو ذلك) كأحل بها غرماءك أو من شئت منهم أو أضمنها له أو يحتال بها على أو قضى فلان عني حوى أو خذها أو تناولها أو استوفها منح أو سأعطيكها أو غدا أعطيكها أوسوف أعطيكها أو قال : ليست اليوم عندي أو أجلني فيها كذا أو أخرها عني أو نفسني فيها أو تبرأتني بها أو أبرأتني فيها أو قال : والله لا أقضيكها أو لا أزنها لك اليوم أو لا تأخذها مني اليوم أو قال حتى يدخل على مالي أو حتى يقدم على غلامي أو لم يحل بعد أو قال غدا أو ليست بمهيأة أو ميسرة اليوم أو قال : ما أكثر مما تتقاضى بها هندية عن محيط السرخسي (قوله فهو إقرار له بها) وكذا لا أقضيكها أو والله لا أعطيكها فإقرار مقدسي ، وكذا غممتني بها ، ولزمتني بها وأذيتني فيها ذكره العيني وفي المقدسي أيضا قال : أعطني الألف التي لي عليك فقال : اصبر أو سوف تأخذها لا يكون إقرارا وقوله : اتزن إن شاء الله إقرار . وفي البزازية قوله عند دعوى المال ما قبضت منك بغير حق لا يكون إقرارا ولو قال : بأى سبب دفعه إلى قالوا يكون إقرارا وفيه نظر اه قدمه إلى الحاكم قبل حلول الأجل وطالبه به فله أن يحلف ما له على اليوم شيء ، وهذا الحلف لا يكون إقرارا وقال

لرجوع الضمير إليها فى كل ذلك عزمى زاده فكان جوابا وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شىء أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق (وبلا ضمير) مثل اتزان الخ وكذا نتحاسب أو ماستقرضت من أحد سواك أو غيرك أو قبلك أو بعدك (لا) يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور فكان كلاما مبتدأ . والأصل أن

الفقيه : لا يلتفت إلى قول من جعله إقرارا سائحانى . وفى الهندية : رجل قال اقضنى الألف التى لى عليك فقال : نعم فتمد أقر بها وكذلك إذا قال فاقعد فاتزنها فانتقدها فاقبضها وفى نوادر هشام قال سمعت محمدا رحمه الله تعالى يقول فى رجل قال لآخر : أعطنى ألف درهم فقال اتزنها قال لا يلزمه شىء لأنه لم يقل أعطنى ألفى كذا فى المحيط اهـ (قوله لرجوع الضمير إليها فى كل ذلك) فكان إعادة فكأنه قال : اتزن الألف التى لك على ونحوه (قوله فكان جوابا) لاردا ولا ابتداء فيكون إثباتا للأول (قوله وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء) ويستدل عليه بالقرائن (قوله أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق) أفاد كلامه أن مجرد دعواه الاستهزاء لا تعتبر ، بل لابد من الشهادة عليه ، ولا تعتبر القرينة كهز الرأس مثلا ويدل له ما سيأتى من أنه إذا ادعى الكذب بعد الإقرار لايقبل ، ويحلف المقر له عند أبى يوسف .

وفى الفتاوى الخيرية : سئل عن دعوى النسيان بعد الإقرار لا تسمع دعواه النسيان كما هو ظاهر الرواية وعلى الرواية التى اختارها المتأخرون : أن دعوى الهزل فى الإقرار تصح ويحلف المقر له على أن المقر ما كان كاذبا فى إقراره اهـ . فلعل قول الشارح : أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق جرى على ظاهر الرواية نعم يرد عليه مسألة الصلح الآتية حيث قالوا : تسمع دعواه بعين بعد الإبراء العام وقوله لا حق لى عنده : أى مما قبضته فقد اكتفوا بالقرينة ، وسيأتى فى عبارة الأشباه ما يفيد اعتبار القرينة لكن فيها عن القنية فى قاعدة السؤال معاد فى الجواب ، قال لآخر : لى عليك ألف فادفعه إلى فقال استهزاء نعم أحسنت فهو إقرار عليه ويؤخذ به اهـ .

وقال فى الهندية : ولو قال أعطنى الألف التى عليك فقال اصبر أو قال سوف تأخذها لم يكن إقرارا لأن هذا قد يكون استهزاء واستخفافا به اهـ معزيا للمحيط .

وفيها عن النوازل : إذا قال المدعى عليه كيسه بدون قبض كن أى خيط الكيس واقبض لا يكون إقرارا وكذا قوله ، بكير : أى أمسك لا يكون إقرارا لأن هذه الألفاظ تصلح للابتداء وكذا إذا قال : كنش كيسه بدون شىء لايكون إقرارا لأن هذه الألفاظ تذكر للاستهزاء ثم ذكر مسائل بالفارسية أيضا وقال : قد اختلف المشايخ والأصح أنه إقرار لأن هذه الألفاظ لا تذكر على سبيل الاستهزاء ولا تصلح للابتداء فتجعل للبناء مربوطا كذا فى المحيط اهـ فليتأمل .

قال الخير الرملى : ولو اختلفا فى كونه صدر على وجه الاستهزاء أم لا فالقول لمنكر الاستهزاء بيمينه والظاهر أنه على نفى العلم لا على فعل الغير كما سيأتى ذكر ذلك مفصلا فى مسائل شتى قبيل الصلح إن شاء الله تعالى (قوله لعدم انصرافه) الأولى فى التعليل أن يقال لأنه يحتمل أنه أراد ما استقرضت من أحد سواك فضلا عن استقراضى منك وكذلك فيما بعدها وهو الظاهر فى مثل هذا الكلام ويحتمل ما استقرضت من أحد سواك بل منك فلا يكون إقرارا مع الشك (قوله إلى المذكور) أى انصرافا متعينا وإلا فهو محتمل (قوله والأصل أن الخ) كالألفاظ المارة وعبارة الكافى بعد هذا كما فى المنح ، فإن ذكر ضمير صلح جوابا لابتداء وإن لم

كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك اختيار .

وهذا إذا كان الجواب مستقلا فلو غير مستقل كقوله : نعم كان إقرارا مطلقا حتى لو قال : أعطنى ثوب عبدى هذا أو افتح لى باب دارى هذه أوجصص لى دارى هذه أوأسرج دابتى هذه أو أعطنى سرجها أولجامها فقال : نعم كان إقرارا منه بالعبد والدار والدابة كافى .

(قال أليس لى عليك ألف فقال بلى فهو إقرار له بها وإن قال نعم لا) وقيل : نعم لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية كذا فى الجوهرة . والفرق أن بلى

يذكره لا يصلح جوابا أو يصلح جوابا وابتداء فلا يكون إقرارا بالشك (قوله كل ما يصلح جوابا) كما لو تقاضاه بمائة درهم فقال : أبرأتنى فإنه يصلح جوابا لأن الضمير يعود إلى كلام المدعى . ولو كان ابتداء بقى بلا مرجع (قوله وما يصلح للابتداء) كتصدقت على ووهبت لى وما استقرضت من أحد سواك ونحوه (قوله لا للبناء) أى على كلام سابق بأن يكون جوابا عنه (قوله أو يصلح لهما) كاتزن (قوله لئلا يلزمه المال بالشك) تعليل لما يصلح لهما وذلك كقوله : ما استقرضت من أحد الخ كما تقدم .

والحاصل : أنه إن ذكر الضمير صلح جوابا للابتداء ، وإن لم يذكره لا يصلح جوابا أو يصلح جوابا وابتداء فلا يكون إقرارا بالشك لعدم التيقن بكونه جوابا وبالشك لا يجب المال (قوله وهذا) أى التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه كما يستفاد مما نقلناه قبل (قوله إذا كان الجواب مستقلا) أى بالمفهومية بأن يفهم معنى يحسن السكوت عليه فيتأتى فيه التفصيل المتقدم (قوله فلو غير مستقل) بأن لا يتأتى فهمه إلا بالنظر إلى ما بنى عليه (قوله كان إقرارا مطلقا) ذكره بضمير بأن يقول نعم هو على بعد قوله ، لى عليك ألف أولا كما مثل ، وحينئذ فلا يظهر ما قاله لأن نعم لا تستقل بالفهومية فإنها حرف جواب يقدر معها جملة السؤال فتكون إقرارا ولذلك لا يتأتى الإطلاق لأن فيه التفصيل إذ لا يمكن أن تكون ابتداء لا بناء ولايصلح لهما لأنها وضعت للجواب . فنى لفظ الإطلاق هنا تسامح وفى الحموى عن المقدسى لقائل أن يقول : نعم جواب فى الخبر لا فى الإنشاء وهذه الأمور إنشاء مع أنه قد يقوله ليستعيد الكلام ، فكأنه يقول ماذا تقول ، ويمكن أن يقال الكلام المذكور وإن كان إنشاء لكنه متضمن للخبر فنعم جواب له اه (قوله بالعبد) أى والثوب حموى (قوله والدابة) أى والسرج كما يفيده الحموى (قوله فهو إقرار له بها) لأن بلى تقع جوابا لاستفهام داخل على نفى فتفيد إبطاله (قوله وإن قال نعم) لأن نعم تصديق للمستخبر بنفى أو إيجاب فقوله بلى بعد أليس لى عليك ألف إبطال للنفى فصار كأنه قال لك على ألف فكان إقرارا بخلاف نعم بعد النفى كأنه قال : نعم ليس لك على ألف فيكون جحودا (قوله وقيل نعم)أى نعم يكون مقرا بقوله نعم بعد قوله أليس الخ (قوله لأن الإقرار يحمل على العرف) لأن المتكلم يتكلم بما هو المتعارف عنده والعوام لا يدركون الفرق بين بلى ونعم والعلماء لايلاحظون ذلك فى محاوراتهم فيما يتكلمون به بين الناس ، وإنما يلاحظونه فى مسائل العلم ولذلك كان مسائل الإقرار والوكالة والأيمان مبنية على العرف (قوله والفرق) الأوضح تقديمه على قوله وقيل نعم . وهـــذا على القول بالفرق بين بلى ونعم وهو ما مشى عليه المصنف ، وأما ما نقله الشارح عن الجوهرة فلا فرق (قوله أن بلى الخ) ذكر فى التحقيق أن موجب نعم تصديق ما قبلها من كلام منفى أو مثبت استفهاما كان أو خبرا كما إذا قيل لك : قام زيد أو أقام زيد أو لم يقم زيد فقلت : نعم كان تصديقا لما قبله وتحقيقا لما بعد الهمزة

جواب الاستفهام المنفى بالإثبات ونعم جوابه بالنفى (والإيماء بالرأس) من الناطق (ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر) وأمام كافر وإشارة محرم لصيد والشيخ برأسه فى رواية الحديث

وموجب بلى إيجاب ما بعد النفى استفهاما كان أو خبرا فإذا قيل : لم يقم زيد فقلت : بلى كان معناه قد قام إلا أن المعتبر فى أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما مقام الآخر ذكره فى شرح المنار لابن نجيم (قوله من الناطق) احترز به عن الأخرس ، فإن إشارته قائمة مقام عبارته فى كل شىء من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وإبراء وإقرار وقصاص على المعتمد فيه إلا الحدود ولو حد قذف والشهادة وتعمل إشارته ولو قادرا على الكتابة على المعتمد ولا تعمل إشارته إلا إذا كانت معهودة وأما معتقل اللسان فالفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه وقد اقتصر فى الأشباه وغيرها على استثناء الحدود وزاد فى التهذيب : ولا تقبل شهادته أيضا وأما يمينه فى الدعاوى فقدمناه وظاهر اقتصار المشايخ على استثناء الحدود فقط صحة إسلامه بالإشارة ، ولم أره الآن نقلا صريحا وكتابة الأخرس كإشارته .

واختلفوا فى أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أولا والمعتمد : لا قال ابن الهمام : لايخفى أن المراد بالإشارة التى يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه إذ العادة منه ذلك فكانت بيانا لما أجمله الأخرس اهـ ولو أشار الأخرس بالقراءة وهو جنب ينبغى أن يحرم أخذا من قولهم يجب على الأخرس تحريك لسانه فجعلوا التحريك قراءة ، ولو علق رجل الطلاق بمشيئة أخرس فأشار بالمشيئة ينبغى الوقوع لوجود الشرط ولو علق بمشيئة رجل ناطق فخرس فأشار بالمشيئة ينبغى الوقوع أيضا نور العين عن الأشباه وفيه عن الهداية أخرس قرئ عليه كتاب وصية فقيل له : نشهد عليك بما فى هذا الكتاب فأومأ برأسه : أى نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك مايعرف أنه إقرار فهو جائز ، ولا يجوز ذلك فى معتقل اللسان . والفرق أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معلومة ، وذلك فى الأخرس لافى معتقل اللسان ، حتى لو امتد الاعتقال وصارت له إشارة معلومة قالوا هذا بمنزلة الأخرس ، ولو كان الأخرس يكتب كتابا أو يومى إيماء يعرف به جاز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه ولا يحد ، ولا يحد له والفرق أن الحد لايثبت ببيان فيه شبهة . وأما القصاص ففيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كالمعاوضات اهـ (قوله بخلاف إفتاء) أى لو سأل مفتيا عن حكم فقال : أهكذا الحكم فأشار برأسه أى نعم كما نقله فى القنية عن علاء الدين الزاهدى ، ونقل عن ظهير الدين المرغينانى : أنه لايعتبر قال لأن الإشارة من الناطق لاتعتبر . وفى مجمع الفتاوى : تعتبر ومثله فى تنقيح المحبوبى ونور العين وغيرهما لأن جواب المفتى به ليس بحكم متعلق باللفظ إنما اللفظ طريق معرفة الجواب عند المستفتى وإذا حصل هنا المقصود استغنى المستفتى عن اللفظ كما لو حصل الجواب بالكتابة بخلاف الشهادة والوصية فإنهما يتعلقان باللفظ والإشارة إنما تقوم مقام اللفظ عند العجز .

وفى شرح الشافية : أن جارية أريد إعتاقها فى كفارة فجىء بها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألها . « أين الله تعالى فأشارت إلى السماء فقال أعتقها فإنها مسلمة » كما فى الحواشى الحموية وغيرها (قوله ونسب) بأن قيل له أهذا ابنك فأشار بنعم ط قال أبو السعود وقوله : ونسب أى الإشارة من سيد الأمة تنزل منزلة صريح الدعوى (قوله وكفر) بأن قال له قائل أتعتقد هذا المكفر فأشار بنعم (قوله وإشارة محرم لصيد) فإذا أشار لشخص يدله على طير فقتله يجب جزاء على المشير (قوله والشيخ برأسه فى رواية الحديث) أى لو قيل له :

ولطلاق فى : أنت طالق هكذا وأشار بثلاث إشارة الأشباه اليمين كحلفه لا يستخدم فلانا أو لا يظهر سره او لا يدل عليه وأشار حنث عمادية فتحرر بطلان إشارة الناطق

أجزنى برواية كذا عنك فأشار برأسه كفى أما لو قرأ عليه ، وهو ساكت فإنه يرويه عنه ، ولا يحتاج إلى إشارة ومسألة الشيخ ملحقة بمسألة الافتاء (قوله والطلاق) أى وإشارة عدد الطلاق المتلفظ به (قوله هكذا وأشار بثلاث) فالإشارة مبينة لهذا المبهم فلو قال : أنت طالق وأشار بثلاث لم يقع إلا واحدة أشباه قال فيها : ولم أر الآن حكم أنت هكذا مشيرا بأصبعه ولم يقل طالق اه والظاهر عدم الوقوع لأنه ليس من صريح الطلاق ولا كنايته لأنه ليس بلفظ يحتمله وغيره ط .

أقول : المفهوم من عبارة الشارح المنقولة عن الأشباه فى قوله : والطلاق فى أنت طالق أى وبخلاف الطلاق الكائن فى أنت طالق هكذا ، وأشار بثلاث فإن الإشارة بالرأس فيه كالنطق . لكن تقدم فى كتاب الطلاق أنه لو قال هكذا وأشار بثلاث يقع ثلاث ولو لم يشر بالرأس ، فالظاهر أنه فى هذه الصورة لا فائدة فى إشارة الرأس وقال فى الأشباه ويزاد أخذا من مسألة الافتاء بالرأس وإشارة الشيخ فى رواية الحديث . وأمان الكافر أخذا من النسب لأنه محتاط فيه لحقن الدم ، ولذا يثبت بكتاب الإمام كما تقدم أو أخذا من الكتاب والطلاق إذا كان تفسيرا لمبهم كما لو قال : أنت طالق هكذا وأشار بثلاث وقعت بخلاف ما إذا قال : أنت وأشار بثلاث لم يقع إلا واحدة كما علم فى الطلاق اه من أحكام الإشارة . نعم لو قيل مخالفة هذه المسألة لما قبلها فى كونها تعتبر فيها الإشارة مطلقا كان الكلام منتظما كما قاله أبو الطيب .

أقول : وعبارة المنح فى كتاب الطلاق هكذا ولو قال : أنت طالق وأشار بأصابعه ولم يقل هكذا فهى واحدة لفقد التشبيه ، لأن الهاء للتنبيه والكاف للتشبيه اه .

وفى البحر عن المحيط : لو قالت لزوجها طلقنى فأشار إليها بثلاث أصابع وأراد به ثلاث تطليقات لا يقع مالم يقل هكذا لأنه لو وقع وقع بالضمير والطلاق لا يقع بالضمير اه وأنت خبير بأن اعتراض المحشى ليس فى محله لأنه إذا أتى بقوله هكذا اعتبرت الإشارة فإذا قيل له أطلقت امرأتك هكذا ، وأشار إليه بثلاث أصابع فأومأ برأسه : أى نعم فإنه يقع الثلاث كما هو ظاهر تأمل (قوله إشارة الأشباه) أى كذا فى أحكام الإشارة من الأشباه فى الفن الثالث (قوله ويزاد اليمين الخ) ظاهره أن جميع الأيمان يحنث فيها بالإشارة لأن المذكور أمثلة ، وليس كذلك فإنه إذا حلف ليضربن فأشار بالضرب لا يبرأ أو حلف لا يضرب فأشار بالضرب : لا يحنث إذا كان مثله ممن يباشره .

والذى فى المنح عن أيمان البزازية : إذا حلف لا يظهر سر فلان أو لا يفشى أو لا يعلم فلانا بسر فلان أو حلف ليكتمن سره أو ليخفينه أو ليسترنه أو حلف لا يدل على فلان فأخبر به بالكتابة أو برسالة أو كلام أو سأله أحد أكان سر فلان كذا أو أكان فلان بمكان كذا فأشار برأسه أى نعم حنث فى جميع هذه الوجوه ، وكذا إذا حلف لا يستخدم فلانا فأشار إليه بشىء من الخدمة حنث فى يمينه خدمه فلان أو لا يخدمه اه ط .

أقول : وإنما حنث للعرف إذ الأيمان مبناها عليه وهو فى العرف يكون بذلك مظهرا سره ومفشيه ومعلما به كما هو مقرر فى محله ، وهذا هو السبب فى خروجها عن الضابط المذكور فافهم (قوله وأشار حنث) قال فى الأشباه : ~~حلفه~~ السراق أن لا يخبر بأسمائهم فالحيلة أن يعد عليه الأسماء فمن ليس بسارق يقول : لا والسارق يسكت عن اسمه فيعلم الوالى السارق ، ولا يحنث الحالف اه . وفى مسألتنا : الحيلة أن يقال له أنا نذكر أمكنة

إلا فى تسع فليحفظ .

وأشياء من السر فما ليس بمكان فلان ولا سره فقل لا فإذا تكلمنا بسره أو مكانه فاسكت أنت ففعله واستداوا به على سره ومكانه لايحنث (قوله إلا فى تسع) ويدخل تحت اليمين منها ثلاث صور . وينبغى أن يزاد على التسع تعديل الشاهد من العالم بالإشارة فإنها تكفى كما قدمناه فى الشهادات .

فقال : اعلم أن من القواعد الفقهية أنه لاينسب إلى ساكت قول كما فى مسائل .

منها : رأى أجنبيا يبيع ماله ولم ينهه لايكون وكيلا لسكوت المالك .

ومنها : لو رأى القاضى الصبى أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لايكون إذنا فى التجارة .

ومنها : لو رأى المرتهن راهنه يبيع الرهن فسكت لايبطل الرهن ولا يكون مأذونا بالبيع وزاد فى الأشباه قوله فى رواية .

ومنها : لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لايكون إذنا بإتلافه .

ومنها : لو رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لايكون إذنا .

ومنها : لو سكت على وطء أمته لم يسقط المهر وكذا عن قطع عضوه أخذا من سكوته عند إتلاف ماله .

ومنها : لو رأى قنه أو أمته يتزوج فسكت ولم ينهه لايصير له آذنا فى النكاح .

ومنها : لو زوجت غير كفء فسكت الولى عن مطالبة التفريق ليس برضا وإن طال ذلك لأن فى الموانع كثرة أى مالم تلد منه .

ومنها : سكوت امرأة العنين ليس برضا وإن أقامت معه سنين .

ومنها : الإعارة لاتثبت بسكوت .

ومنها : حلف لايسلم شفعة فلم يسلمها ولكن سكت عن خصومة فيها حتى بطلت شفعته لايحنث .

ومنها : حلف لايؤخر عن فلان حقا له عليه شهرا فلم يؤخره شهرا وسكت عن تقاضيه حتى مضى الشهر لايحنث .

ومنها : لو وهبت شيئا والموهوب له ساكت لايصح مالم يقل قبلت بخلاف الصدقة كما يأتى .

ومنها : لو أجر قنه أو عرضه للبيع أو ساومه أو زوجه فسكت القن لايكون إقرارا برقه بخلاف مالو باعه أو رهنه أو دفعه بجناية فسكت كما سيأتى أيضا .

ومنها : أحد شريكى عنان قال لصاحبه ، إنى اشتريت هذه الأمة لنفسى خاصة ، فسكت صاحبه فشراها لاتكون له مالم يقل صاحبه نعم كذا فى جامع الفصولين موافقا للخلاصة وغيرها وزيد فى مختارات النوازل فإذا قال : نعم فهى له بغير شىء عند أبى حنيفة إذ الإذن يتضمن هبة نصيبه منه إذ الوطء لايحل إلا بالملك بخلاف طعام وكسوة .

يقول الحقير : وفى الأشباه : فسكت صاحبه لاتكون لهما وذكر هذه المسألة فيما يكون السكوت فيه كالنطق كل ذلك سهو واضح لمخالفته لما مر آنفا من المعتبرات ، واحتمال كون المسألة خلافية فيها روايتان بعيد إذ لو كانت كذلك لتعرض له أحد من أصحاب المعتبرات المنقول عنها .

ثم اعلم أنه خرج عن القاعدة السابقة مسائل كثيرة صار السكوت فيها كالنطق أى يكون رضا .

فمنها : سكوت البكر عند استئمار وليها عنها قبل التزويج وبعده هذا لو زوجها الولى ، فلو زوج الجد مع

. . . .

قيام الأب لايكون سكوتها رضا .

ومنها : سكوتها عندقبض مهرها لو قبض المهر أبوها أو من زوجها فسكتت يكون إذنا بقبضه إلاأن تقول لاتقبضه فحينئذ لم يجز القبض عليها ولا يبرأ الزوج .

ومنها : سكوت الصبية إذا بلغت بكرا يكون رضا ويبطل خيار بلوغها لالو بلغت ثيبا .

ومنها : بكر حلفت أن لاتزوج نفسها فزوجها أبوها ، فسكتت حنثت فى يمينها كرضاها بكلام ولو حلفت بكر أن لاتأذن فى تزويجها فزوجها أبوها فسكتت لاتحنث إذلم تأذن ولزم النكاح بالسكوت .

ومنها : تصدق على إنسان فسكت المتصدق عليه يثبت الملك ولا يحتاج إلى قبوله قولا بخلاف الهبة .

ومنها : قبض هبة وصدقة بحضرة المالك وهو ساكت كان إذنا بقبضه .

ومنها : لو أبرأ مديونه فسكت المديون يبرأ ولو رد يرتد برده .

ومنها : الإقرار يصح ولو سكت المقر له ويرتد برده .

ومنها : لو وكله بشيء فسكت الوكيل وباشره صح ويرتد برده فلو وكله ببيع قنه فلم يقبل ولم يرد فباعه جاز ويكون قبولا .

ومنها : لو أوصى إلى رجل فسكت فى حياته فلما مات باع الوصى بعض التركة أو تقاضى دينه فهو قبول للوصاية .

ومنها : الأمر باليد إذا سكت المفوض إليه صح ويرتد برده .

ومنها : الوقف على رجل معين صح ولو سكت الموقوف عليه ولو رده قيل يبطل وقيل لا .

ومنها : تواضعا على تلجئة ثم قال أحدهما لصاحبه : قد بدا لى أن أجعله بيعا صحيحا ، فسكت الآخر ثم تبايعا صح البيع وليس للساكت إبطاله بعد ماسمع قول صاحبه .

ومنها : سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين رضا كما لو أسر قن لمسلم فوقع فى الغنيمة وقسم ومولاه الأول حاضر فسكت بطل حقه فى دعوى قنه .

ومنها : لو كان المشترى مخيرا فى قن شراه فرأى القن يبيع ويشترى فسكت بطل خياره ، ولو كان الخيار للبائع لايبطل خياره .

ومنها : للبائع حبس المبيع لثمنه فلو قبضه المشترى ورآه البائع وسكت كان إذنا فى قبضه الصحيح والفاسد فيه سواء فى رواية وهو رضا بقبض فى الفاسد لافى الصحيح فى رواية .

ومنها : علم الشفيع بالبيع وسكت يبطل شفعته .

ومنها : رأى غير القاضى قنه يبيع ويشترى وسكت كان مأذونا فى التجارة لافى بيع ذلك العين .

ومنها : لو حلف المولى لايأذن لقنه فرآه يبيع ويشترى فسكت يحنث فى ظاهر الرواية لافى رواية عن أبى يوسف .

ومنها : باع قن شيئا بحضرة مولاه ثم ادعاه المولى أنه له فلو كان مأذونا يصح دعوى المولى ولو محجورا صح قال الاستيوشنى : فإن قيل ألم يصر مأذونا بسكوت مولاه قلنا نعم ولكن أثر الإذن يظهر فى المستقبل .

ومنها : باع قنا والقن حاضر علم به وسكت وفى بعض الروايات فانقاد للبيع والتسليم ثم قال : أنا حر لايقبل

. . . .

قوله كذا فى جامع الفصولين موافقا لما فى فتاوى قاضيخان . وفى فوائد العتابى : ولو سكت القن وهو يعقل فهو إقرار برقهوكذا لو رهنه أو دفعه بجناية والقن ساكت بخلاف مالو آجره أو عرضهللبيع أو ساومه أو زوجه فسكوته هنا ليس بإقرار برقه .

يقول الحقير : قوله : وفى بعض الروايات الخ ظاهره يشعر بضعف اشتراط الانقياد أو تساوى الاحتمالين لكن الأظهر أن الانقياد شرط لما ذكر فى محل آخر من فتاوى قاضيخان : رجل شرى أمة وقبضها فباعها من آخر والثانى من ثالث فادعت حريتها فردها الثالث على الثانى فقبلها ثم أراد ردها على الأول ، فلم يقبل له ذلك لو ادعت عتقا إذ العتق لايثبت بقولها ولو ادعت حرية الأصل فلو كانت حين بيعت ، وسلمت انقادت لبيع وتسليم فكذلك إذ الانقياد إقرار بالرق وإن لم تنقد فليس للأول أن لايقبل اه .

ومنها : حلف لاينزل فلانا داره وفلان نازل فيها فسكت الحالف حنث لالو قال له أخرج فأبى أن يخرج فسكت .

ومنها : ولدت ولدا فهنأ الناس زوجها فسكت الزوج لزمه الولد وليس له نفيه كإقراره .

ومنها : أم ولد ولدت فسكت مولاها حتى مضى يومان لهذا الولد لايملك نفيه بعده .

ومنها : السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا به حتى لو قال رجل : هذا الشيء معيب فسمعه وأقدم مع ذلك على شرائه فهو رضا لو المخبر عدلا لالو فاسقا عند أبى حنيفة وعندهما هو رضا ولو فاسقا .

ومنها : سكوت بكر عند إخبارها بتزويج الولى على خلاف مامر آنفا .

ومنها : باع عقارا وامرأته أو ولده أو بعض أقاربه حاضر فسكت ثم ادعاه على المشترى من كان حاضرا عند البيع أفتى مشايخ سمرقند أنه لايسمع وجعل سكوته فى هذه الحالة كإقرار دلالة قطعا للأطماع الفاسدة ، وأفتى مشايخ بخارى أنه ينبغى أن يسمع فينظر المفتى فى ذلك ، فلو رأى أنه لايسمع لاشتهار المدعى بحيلة وتلبيس وأفتى به كان حسنا سدا لباب التزوير .

ومنها : الحاضر عند البيع او بعث البائع إلى المشترى ، وتقاضاه الثمن لايسمع دعواه الملك لنفسه بعده لأنه يصير مجيزا للبيع بتقاضيه .

ومنها : رآه يبيع عرضا أو دارا فتصرف فيه المشترى زمانا وهو ساكت سقط دعواه .

يقول الحقير : وفى الفتاوى الولوالجية رجل تصرف أيضا زمانا ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ، ولم يدع ومات على ذلك لايسمع بعد ذلك دعوى ولده فيترك على يد المتصرف ؛ لأن الحال شاهد .

ومنها : لو قال الوكيل بشراء شيء بعينه لموكله إنى أريد شراءه لنفسى ، فسكت موكله ثم شراه يكون للوكيل .

يقول الحقير : وجه الفرق بين هذه المسألة وبين مامر نحو ورقة من مسألة شريكى العنان ، وهو ماذكره صاحب الخلاصة بعد ذكر هاتين المسألتين بقوله : والفرق أن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف أحد الشريكين إذ لايملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه .

ومنها : ولى صبى عاقل رأى الصبى يبيع ويشترى فسكت يكون إذنا .

ومنها : سكوت رجل رأى غيره شق زقه حتى سال مافيه يكون رضا .

(وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له حلوله لزمه) الدين (حالا) وعند الشافعي رضى الله عنه مؤجلا بيمينه (كإقراره بعبد فى يده أنه لرجل وإنه استأجره منه) فلا يصدق فى تأجيل وإجارة لأنه دعوى بلا حجة (و) حينئذ (يستحلف المقر له فيهما بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فكذبه فى صفتها) حيث (يلزمه ما أقر به فقط) لأن السود نوع والأجل عارض لثبوته بالشرط والقول للمقر فى النوع وللمنكر فى العوارض (كإقرار الكفيل بدين مؤجل) فإن القول له فى الأجل لثبوته فى كفالة المؤجل بلا شرط

ومنها : سكوت الحالف بأن لايستخدم فلانا أى مماوكه ثم خدمه فلان بلا أمره ولم ينهه حنث .

ومنها : امرأة دفعت فى تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب والأب ساكت فليس له الاسترداد .

ومنها : أنفقت الأم فى تجهيز بنتها ماهو معتاد فسكت الأب لاتضمن الأم .

ومنها : باع أمة وعليها حلى وقرطان ولم يشترط ذلك لكن تسلم المشترى الأمة وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان الحلى لها .

ومنها : القراءة على الشيخ وهو ساكت تنزل منزلة نطقه فى الأصح .

ومنها : ماذكر فى قضاء الخلاصة . ادعى على آخر مالا فسكت ، ولم يجب أصلا يؤخذ منه كفيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة فى لسانه أو سمعه فلو أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فإن سكت ولم يجب ينزل منزلة المنكر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يحبس حتى يجيب فإن فهم أنه أخرس يجيب بالإشارة انتهى .

ومنها : سكوت المزكى عند سؤاله عن حال الشاهد تعديل .

ومنها : سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة .

يقول الحقير : فصارت المسائل التى يكون السكوت فيها رضا أربعين مسألة ثلاثون منها ذكرت فى جامع الفصولين وعشرة منها زيادة صاحب الأشباه والنظائر نقلها عن الكتب المعتبرة انتهى الكل من نور العين . وقد ذكرنا بعض هذه فيما قدمنا محررا فراجعه إن شئت وتقدمت فى كلام الشارح قبيل البيوع آخر الوقف وزاد على ماهنا مسائل كثيرة ، وكتب عليها سيدى الوالد رحمه الله تعالى وزاد عليها فراجعها ثمة (قوله لزمه الدين حالا) قال فى الدرر : لأنه أقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق فى الإقرار بلا حجة دون الدعوى اه .

قال فى الواقعات : هذا إذا لم يصل الأجل بكلامه أما إذا وصل صدق اه (قوله لأنه دعوى بلا حجة) قال الحموى : لأنه أقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فإقراره حجة عليه ولا تقبل دعواه بلا حجة اه (قوله لثبوته بالشرط) الأوضح أن يقول يثبت بالشرط ويكون بيانا لقوله عارض وعبارة الحموى والأجل عارض ولا يثبت بنفس العقد بل بالشرط والقول للمنكر فى العارض اه (قوله والقول للمقر فى النوع وللمنكر فى العوارض) أى فكانت من قبيل الإقرار بالنوع لا بالعارض لأن حقيقة النوع أن يكون الشيء من أصله موصوفا بتلك الصفة وكذلك الدين المؤجل المكفول به فإنه مؤجل بلا شرط ، بل من حين كفله كان مؤجلا فإذا أقر به لم يكن مقرا بالحال كما أن الدراهم السود من أصلها سود ، وليس السواد عارضا بالشرط فكان إقرارا بالنوع بخلاف الدين فإن الأصل فيه الحلول ، ولا يصير مؤجلا إلا بالشرط فكان الإقرار بالدين المؤجل إقرارا بالدين ، وادعاء لحصول العارض والمقر له ينكر العارض والقول للمنكر ومثله إجارة العبد كما أفاده بعض الأفاضل .

والحاصل : أن الأجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط والقول للمنكر فى العارض (قوله لثبوته فى كفالة المؤجل بلا شرط) فالأجل فيها نوع فكانت الكفالة المؤجلة أحد نوعى الكفالة فيصدق لأن إقراره

(وشراؤه) أمة (متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب فى جراب وكذا الاستيام والاستيداع) وقبول الوديعة بحر .
(والإعارة والاستيهاب والاستئجار)

بأحد النوعين لايجعل إقرارا بالنوع الآخر لأن حقيقة النوع أن يكون للشيء من أصله موصوفا بتلك الصفة ، وكذلك الدين المؤجل المكفول به فإنه مؤجل بلا شرط بل من حين كفله كان مؤجلا فإذا أقر به لم يكن مقرا بالحال كما أن الدراهم السود من أصلها سود كما قدمناه قريبا ، وقد مرت المسألة فى كتاب الكفالة عند قوله : لك مائة درهم إلى شهر فراجع (قوله وشراؤه أمة متنقبة) فإذا لم تكن متنقبة فأولى بالحكم المذكور وقوله : كثوب فى جراب أى كشراء ثوب فى جراب . وفى البزازية : علل لذلك بقوله : والضابط أن الشيء إن كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لايقبل إلا إذا صدقه المدعى عليه فى عدم معرفته إياها فيقبل . وإن كان مما لا يعرف كثوب فى منديل ، أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء يقبل ، وهذا اختلفت أقاويل العلماء فى ذلك اهـ وبه ظهر أن الثوب فى الجراب كهو فى المنديل، ويدل عليه ما فى الفواكه البدرية لابن الغرس حيث عد مسألة الثوب فى الجراب ، مما يغتفر فيه التناقض فقال وإذا اشترى ثوبا مطويا فى جراب أو منديل فلما نشره قال : هذا متاعى نسمع دعواه فالدعوى مسموعة مع التناقض فى جميع هذه المسائل: أى التى منها هذه على الراجح المفتى به ، ومن المشايخ من اعتبر التناقض مطلقا فمنع سماع الدعوى إذا تقدم ما يناقضها وقدمنا ذلك فى الدعوى فراجعه (قوله وكذا الاستيام والاستيداع) أى طلب إيداعه عنده ومثله يقال فى الاستيهاب والاستئجار .

قال فى تنوير البصائر : ومما يجب حفظه هنا أن المساومة إقرار بالملك للبائع أو بعدم كونه مالكا له ضمنا لا قصدا وليس كالإقرار صريحا بأنه ملك البائع والتفاوت إنما يظهر فيما إذا وصل العين إلى يده ويؤمر بالرد إلى البائع فى فصل الإقرار الصريح ، ولا يؤمر فى فصل المساومة .

وبيانه : اشترى متاعا من إنسان وقبضه ثم إن أبا المشترى استحقه بالبرهان من المشترى وأخذه ثم مات الأب وورثه الابن المشترى لا يؤمر برده إلى البائع ، ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع فى يد المشترى هذا بالإرث ولو أقر عند البيع بأنه ملك البائع ثم استحقه أبوه من يده ، ثم مات الأب وورثه الابن المشترى هذا لا يرجع إلى البائع لأنه فى يده بناء على زعمه بحكم الشراء الأول لما تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اهـ كذا فى جامع البزازى (قوله والإعارة) الأولى أن يقال : الإستعارة كما فى جامع الفصولين من الفصل العاشر : أى لو قبل إعارة الثوب والجارية المذكورين كان قبوله إقرارا بالملك فإن القبول هو الذى يتأتى منه والإعارة فعل ذى اليد فكيف تكون إقرارا بالملك والذى سهل ذلك وقوعها بين الاستيداع والاستيهاب .

والحاصل : أن الاستعارة هى التى تكون إقرارا بالملك للغير أما الإعارة فهى فعل المعير تأمل (قوله والاستيهاب والاستئجار) قال فى الأشباه الاستئجار إقرار بعدم الملك له على أحد القولين وفى الحموى : إن مما يغتفر التناقض استئجار دار ثم ادعاء ملكها ، لأنه موضع خفاء وقيل يجب تقييده بما إذا لم يكن ملكه فيه ظاهرا فإنهم صرحوا بأن الراهن أو البائع وفاء إذا استأجر الرهن أو المبيع لايصح وهو كالصريح فى عدم كون الاستئجار إقرارا بعدم الملك له اهـ ومثله فى الحواشى الرملية .

قال العلامة الحموى : قيل عليه الاستئجار إقرار بعدم الملك له اتفاقا وإنما الخلاف فى كونه إقرارا للذى

ولو من وكيل فكل ذلك إقرار بملك ذى اليد

اليد بالملك فقد اشتبه على صاحب الأشباه الأول بالثانى فأجرى الخلاف بالأول كما فى الثانى ، وهو سهو عظيم ورد بأن الضمير فى له راجع للمؤخر والقرينة عليه قوله : على أحد القوابن اه وهو بعيد جدا وقد صحح العمادى كلا القوابن فى فصوله فى الفصل السادس .

وفى الأشباه : إلا إذا استأجر المولى عبده من نفسه لم يكن إقرارا بحريته كما فى القنية (قوله ولو من وكيل) أى وكيل واضع اليد والاستنكاح فى الأمة يمنع دعوى الملك فيها ودعواه فى الحرة يمنع دعوى نكاحها كذا فى الدرر (قوله فيمنع دعواه لنفسه ولغيره الخ) قال فى الشرنبلالية : كون هذه الأشياء إقرارا بعدم الملك للمباشر متفق عليه ، وأما كونها إقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان على رواية الجامع يفيد الملك لذى اليد ، وعلى رواية الزيادات لا وهو الصحيح كذا فى الصغرى .

قال فى عدة الفتاوى: الاستعارة والاستيداع والاستيهاب من المدعى عليه ، أو من غيره وكذا الشراء والمساومة وما أشبهه من الإجارة وغيرها تمنع صاحبها من دعوى الملك لنفسه ولغيره .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : كون هذه الأشياء إقرارا بعدم الملك للمباشر ظاهر ، وأما كونها إقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان كما سيأتى قريبا . قال : والظاهر عندى أن مجرد ذلك ليس بإقرار لذى اليد إذ قد يفعل مع وكيل المالك فلا يكون إقرارا بالملك لذى اليد ، فلابد أن يميز بالقرائن فيجعل إقرارا فى موضع دون موضع بحسب القرائن ، فعلى هذا ينبغى أن تصح دعواه لغيره فى بعض المواضع لا فى بعضها ، فإن برهن المدعى عليه على وكيل الخصومة أنه سبقت منه مساومة أو استعارة أو نحوهما عزل من الوكالة ، لأنه لو فعله عند القاضى عزله والموكل على حقه لو شرط أن إقراره عليه لايجوز .

قال صاحب نور العين : قوله : لو شرط الخ مستدرك إذ لو صدر ذلك من الوكيل فى غير مجلس القاضى لا يعتبر ، فلا حاجة إلى الشرط المذكور هذا إذا كان قوله والموكل على حقه معطوفا على قوله عزل من الوكالة أما إذا كان معطوفا على قوله فعله عند القاضى عزله فلا استدراك حينئذ لكن مسألة الأولى ناقصة ، حيث لم يتعرض فيها إلى كون الموكل على حقه أولا فى صورة مساومة وكيله فى غير مجلس القاضى ، وهذا قصور وإبهام فى مقام بيان وإعلام كما لا يخفى على ذوى الأعلام اه وفيه الاستيام هل هو إقرار ، وفيه روايتان على رواية الزيادات : يكون إقرارا بكونه ملك البائع وفى رواية : لا يكون إقرارا والأول أصح ، وعلى الروايتين لاتسمع دعواه بعد الاستيام والاستيام من غير البائع كالاستيام من البائع والاستيداع والاستعارة والاستيهاب والاستئجار والإقرار بأنه لذى اليد سواء ادعاه لنفسه أو لغيره ، ولو أقيمت البينة على أن الوكيل ساومه فى مجلس القضاء خرج من الخصومة هو وموكله أيضا ولو كانت المساومة فى غير مجلس القضاء خرج هو من الخصومة دون موكله اه وفى جامع الفصولين صحح رواية إفادته الملك فاختلف التصحيح للروايتين ويبتنى على عدم إفادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره اه ونقل السائحانى عن الأنقروى أن الأكثر على تصحيح مافى الزيادات وأنه ظاهر الرواية اه .

قلت : فيفتى به لترجحه بكونه ظاهر الرواية وإن اختلف التصحيح كما تقدم .

أقول ونحو مثل ما تقدم من الاستعارة والاستيداع وأخواتها الاقتسام قال فى جامع الفصولين رامز الفتاوى رشيد الدين : قسم تركة بين ورثة أو قبل تولية لوقف أو وصاية فى تركة بعد العلم ، واليقين بأن هذا تركة

فيمنع دعواه لنفسه ولغيره بوكالة أو وصاية للتناقض بخلاف إبرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما لعدم التناقض ذكره فى الدرر قبيل الإقرار وصححه فى الجامع خلافا لتصحيح الوهبانية

أو وقف ثم ادعاه لنفسه لا تسمع اه وتمامه فيه (قوله فيمنع دعواه لنفسه) هذا متفق عليه ، وأما كونه إقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان مصححتان كما علمت (قوله ولغيره) قال فى جامع الفصولين : الحاصل من جملة ما مر : أن المدعى او صدر عنه ما يدل على أن المدعى ملك المدعى عليه تبطل دعواه لنفسه ، ولغيره للتناقض ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه ، ولا يدل على عدم ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره لأنه إقرار بعدم ملكه لا بملك المدعى عليه ولو صدر عنه ما يحتمل الإقرار وعدمه ، فالترجيح بالقرائن وإلا فلا يكون إقرارا للشك اه (قوله بوكالة أو وصاية) يعنى إذا أقر الرجل بمال أنه لفلان ، ثم ادعاه لنفسه لم يصح وكذا إذا ادعاه بوكالة أو وصاية اورثة موصيه لأن فيه تناقضا لأن المال الواحد لا يكون لشخصين فى حالة واحدة كما فى الدرر (قوله للتناقض) محله ما إذا كان لايخفى سببه كما تقدم (قوله بخلاف إبرائه) أى لو أبرأه من جميع الدعاوى ثم ادعى عليه وكالة للغير أو ليتيم هو وصيه صح لعدم التناقض ، لأنه إنما أبرأه عن حق نفسه لا عن حق غيره (قوله بهما) أى بالوكالة والوصاية (قوله لعدم التناقض) لأن إبراء الرجل عن جميع الدعاوى المتعلقة بماله لايقتضى عدم صحة دعوى مال لغيره على ذلك الرجل درر (قوله ذكره فى الدرر) الضمير راجع إلى المذكور متنا من قوله : وكذا الخ سوى الإعادة وإلى المذكور شرحا فجميع ذلك مذكور فيها والضمير فى قوله : وصححه فى الجامع الخ راجع إلى ما فى المتن فقط يدل عليه قول المصنف فى المنح ، وممن صرح بكونه إقرارا منلاخسرو . وفى النظم الوهبانى لعبد البر ذكر خلافا .

ثم قال والحاصل : أن رواية الجامع أن الاستيام والاستئجار والاستعارة ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه والمستأجر منه ورواية الزيادات أنه لا يكون ذلك إقرارا بالملكية وهو الصحيح كذا فى العمادية وحكى فيها اتفاق الروايات على أنه لاملك للمساوم ونحوه فيه ، وعلى هذا الخلاف يبتنى صحة دعواه ملكا لما ساوم فيه لنفسه أو لغيره اه . وإنما جزمنا هنا بكونه إقرارا أخذا برواية الجامع الصغير والله تعالى أعلم اه .

قال السائحانى : ويظهر لى أنه إن أبدى عذرا يفتى بما فى الزيادات من أن الاستيام ونحوه لا يكون إقرارا وفى العمادية وهو الصحيح . وفى السراجية أنه الأصح ، وقدمنا عن الأنقروى أنه قال : والأكثر على تصحيح ما فى الزيادات وأنه ظاهر الرواية اه .

أقول : لكن فى الاستيام لنفسه على كل من الروايتين يكون إقرارا بأنه لا ملك له فيه فكيف يدعيه لنفسه نعم له أن يدعيه لغيره لعدم التناقض بناء على رواية الزيادات ، ومما يؤيد ذلك ما نذكره قريبا فى المقولة الآتية فى التتمة حتى لو برهن يكون دفعا تأمل (قوله وصححه فى الجامع) أى صحح ما مر من أن الاستيام والاستعارة والاستئجار ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه والمستعار منه ، والمستأجر منه والمراد بالجامع جامع الفصولين ، وهذه رواية الجامع للإمام محمد .

[تتمة] الاستشراء من غير المدعى عليه فى كونه إقرارا بأنه لاملك للمدعى كالاستشراء من المدعى عليه حتى لو برهن يكون دفعا قال فى جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى أقول ينبغى أن يكون الاستيداع ، وكذا الاستيهاب ونحوه كالاستشراء (قوله خلافا لتصحيح الوهبانية) أى فى مسألة الاستيام ، لأن المبيع يحتمل أن يكون فى يد البائع عارية أو غصبا أو يكون وكيلا أو فضوليا ، فلم يقتض ثبوت الملك للبائع كذا ذكره ابن وهبان

ووفق شارحها الشرنبلالى بأنه إن قال بعنى هذا كان إقرارا وإن قال أتبيع هذا لا يؤيده مسألة كتابته وختمه على صك البيع فإنه ليس بإقرار بعدم ملكه (و) له على

وهذا ما فى الزيادات (قوله ووفق شارحها الشرنبلالى) أى بين ما فى الجامع والزيادات (قوله بأنه إن قال بعنى هذا) أى مثلا أوهبنى أوأجرنى ونحوه (قوله كان إقرارا) أى اعترافا له بالملك لأنه جازم بأنه ملكه ، وقد طلب شراءه منه أو هبته أو إجارته (قوله وإن قال أتبيع هذا) أو هل أنت بائع هذا لا يكون إقرارا بل استفهاما لأنه يحتمل أن يقصد بذلك استظهار حاله ، هل يدعى الملكية وجواز البيع له أولا أو يكون مراده طلب إشهاد على إقراره بإرادة بيع ملك القائل ، فيلزمه به بعد ذلك أى بإقراره الضمنى بناء على رواية الجامع ونفتى بهذه المسألة برواية الزيادات لكن قد يقال : إن ما ذكره لايصلح أن يكون توفيقا بين القولين بل هو تفصيل فى كون المذكورات قد يكون بعضها إقرارا بعدم ملك المقر ، وقد يكون ملك المقر فتأمل .

والحاصل : أنه إذا قال بعنى إياه إنما يصح ذلك فيما إذا كان مملوكا للمخاطب فإن الإنسان لايطلب من غيره أن يبيعه مال نفسه ، فيكون ذلك اعترافا منه له بالملك فلا يدعيه بعد ذلك لنفسه ، ولا لغير وإن قال : أتبيع فلعله يريد أن يبيعه له وكالة عنه أو فضولا فلا يكون إقرارا له بالملك (قوله صك البيع) أى وثيقة المبايعة (قوله فإنه) أى ما ذكر من كتابة الاسم والختم (قوله ليس بإقرار بعدم ملكه) أى فما هنا أولى أو مساو أى فله أن يدعيه بعد ذلك لنفسه ولغيره أى فقوله : أتبيع هذا أولى بأن لا يكون إقرارا بعدم ملكه وصورة مسألة كتابته وختمه على صك البيع هى أنه لو كتب شهادته وختم عليها على صك فيه باع فلان لا يكون اعترافا منه بالبيع ، فإن الإنسان قد يبيع مال غيره فضولا بخلاف ما لو كان الصك مكتوبا فيه بيعا صحيحا أو نافذا ، فإن كتابة الشهادة عليه حينئذ تكون اعترافا له بالملك ، فلا يصح بعد ذلك أن يدعيه لنفسه ، وكذلك هنا إذا قال بعنيه إنما يصح ذلك فيما إذا كان مملوكا للمخاطب ، فإن الإنسان لا يطلب من غيره أن يبيعه مال نفسه إلى آخر ما قدمناه ويجب تقييده أيضا بغير أحد الزوجين والرحم المحرم وبما إذا لم يصرح فى صك البيع .

[مهمة] فى البزازية عن الزيادات : ساوم ثوبا ثم ادعى أنه كان له قبل المساومة أو كان لأبيه يوم مات قبل ذلك وتركه ميراثا لا يسمع أما لو قال : كان لأبى وكلك بالبيع فساومته ، ولم يتفق البيع يسمع ، ولو ادعاه أبوه يسمع أيضا وكذا لو قال : قضى لأبى ومات قبل القبض وتركه ميراثا لى يسمع أيضا وإن لم يقض للأب حتى مات وتركه ميراثا لا يقضى ؛ لأن دوام الخصومة شرط ولا يمكن ، لأنه لا يصلح خصما بعد المساومة ، وعلى هذا لو ادعى رجل شراء ثوب وشهدا له بالشراء من المدعى عليه وقضى أولا ثم زعم أحد الشاهدين أن الثوب له أو لأبيه وورثه هو عنه لا يسمع دعواه لما قلنا . ولو قال عند الشهادة : هذا الثوب باعه منه هذا لكنه لى أو لأبى ورثته عنه يقضى بالبيع ، ويسمع دعوى الشاهد ، فاذا برهن على مدعاه قضى له لانعدام التناقض ، ولو قال قولا ، ولم يؤديا الشهادة ثم ادعاه لنفسه أو أنه لأبيه وكله بالطلب يقبل ، وكذا إذا شهد بالاستئجار أو الاستيداع أو الاستيهاب أوالاستعارة من المدعى بطل دعواه لنفسه أو لغيره . وسواء طلب تحقيق هذه العقود المدعى من المدعى عليه ، أو غيره ولو ساوم ، ثم ادعاه مع الآخر يقبل فى نصيب الآخر ، ولايقبل فى نصيب المساوم ومساومة الابن لا تمنع دعوى الأب ، لكن بعد موت الأب لايملك الدعوى ، وإن كان الأب ادعاه وقضى له به أخذه الابن ، وقبل القضاء لا لما مر آنفا ولو برهن .

وفي الأقضية : ساوم ولدجارية أو زرع أرض أو ثمرة نخل ثم برهن على أن الأصل ملكه تقبل وإن ادعى

(مائة ودرهم كلها دراهم) وكذا المكيل والموزون استحسانا

الفرع مع الأصل يقبل فى حق الأصل لا الفرع ، فعلى هذا لو ادعى شجرا فقال المدعى عليه : ساومنى ثمره أو اشترى منى لا يكون دفعا لجواز أن يكون الشجر له والثمر لغيره .

وفى الخزانة ، ادعى عليه شيئا فقال : اشتريته من فلان وأجزت البيع لا يكون دفعا لأن الإنسان قد يجيز بيع الغير ملك الغير .

وفى المحيط : برهن على أن هذا الكرم له فبرهن المدعى عليه أنه كان آجر منه نفسه فى عمل هذا الكرم يندفع.

وفى المنتقى : استأجر ثوبا ثم برهن أنه لابنه الصغير تقبل قال القاضى : هذه على الرواية التى جعل الاستئجار ونحوه إقرارا بعدم الملك له فعدم كونه ملكا يمنع كونه ملكا لغيره ، فجاز أن ينوب عن الغير فأما على الرواية التى تكون إقرارا بأنه ملك للمطلوب لا تسمع الدعوى لغيره كما لا تسمع لنفسه اه (قوله مائة ودرهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم كما فى الخانية : وعليه التعليل الآتى وأراد بدرهم مال مقدر فشمل الدينار وسائر الموزونات والمكيل .

والحاصل أنه إذا ذكر بعد عقد من الأعداد شىء من المقدرات أو عدد مضاف نحو مائة وثلاثة أثواب أوأفراس يكون بيانا وإلا فلا يكون بيانا كما فى المنبع (قوله كلها دراهم) أى فيلزمه مائة درهم ودرهم فى قوله: له على مائة ودرهم قال فى المختار ولو قال: له على مائة ودرهم فالكل دراهم وكذا كل ما يكال ويوزن .

واعلم أن صاحب الدرر ذكر مميز المائة بصيغة الجمع ، ولفظه إذا قال له على مائة ودرهم لزمه مائة دراهم ودرهم وتعقبه عزمى بأن الصواب مائة درهم بالإفراد واستدل بما فى المقدمة الحاجبية حيث قال. ومميز مائة وألف مخفوض مفرد اه واعترضه أيضا عبدالحليم بأن الألف فى دراهم من طغيان القلم لأن مميز مائة مفرد لاغير وأجاب شيخ المولى أبو السعود بأن دعوى التصويب ساقطة ، وما ذكره ابن الحاجب فى المقدمة هو الكثير وما وقع لصاحب الدرر حيث أضاف المائة إلى الجمع قليل ، وليس بخطأ ومنه قراءة حمزة والكسائى - ولبثوا فى كهفهم ثلاث مائة سنين - بإضافة مائة إلى سنين.

والحاصل : أن العدد المضاف على قسمين أحدهما : ما لايضاف إلا إلى جمع وهو ثلاثة إلى عشرة والثانى ما لا يضاف كثيرا إلا إلى مفرد وهو مائة وألف وتثنيتهما نحو مائتا درهم وألفا درهم الخ (قوله وكذا المكيل والموزون) كمائة وقفيز حنطة أو ورطل كذا ، ولو قال : له نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل منها وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية لأن الكلام كله وقع على شىء بغير عينه أو بعينه فينصرف النصف إلى الكل بخلاف ما لو كان بعضه غير معين كنصف هذا الدينار ودرهم يجب عليه نصف الدينار والدرهم كله قاله الزيلعى .

وأصله : أن الكلام إذا كان كله على شىء بعينه أو كان كله على شىء بغير عينه فهو كله على الإنصاف ، وإن كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فالنصف على الأول منهما شرنبلالية لكن قال العلامة المقدسى بعد أن عزا وجوب كل الدرهم للتبيين : فيه أن هذا على تقدير خفض الدرهم مشكل ، وأما فى الرفع والسكون فسلم اه .

وأقول : لا إشكال على لغة الجوار على أن الغالب على الطلبة عدم اعتبار الإعراب أى فضلا عن العوام ولكن الأحوط الاستفسار فإن الأصل براءة الذمة فلعله قصد الجر تأمل (قوله استحسانا) والقياس أن يلزمه

(وفى مائة وثوب ومائة وثوبان يفسر المائة) لأنها مبهمة (وفى مائة وثلاثة أثواب كلها ثياب) خلافا للشافعى رضى الله عنه .

قلنا : الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف التفسير إليهما لاستوائهما فى الحاجة إليه (والإقرار بدابة فى اصطبل تلزمه) الدابة (فقط) والأصل أن مايصلح ظرفا إن لزماه أمكن نقله

المعطوف ويرجع فى بيان المعطوف عليه إليه وبالقياس أخذ الإمام الشافعى رحمه الله تعالى (قوله وفى مائة ثوب) نحو مائة وشاة ومائة وعبد (قوله لأنها مبهمة) قال فى التبيين : وجه الاستحسان أن عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم ، يكون بيانا للمبهم عادة لأن الناس استثقلوا تكرار التفسير وهو الدرهم عند كثرة الاستعمال . وذلك فيما يجرى فيه التعامل وهو ما يثبت فى الذمة ، وهو المكيل والموزون لأنها تثبت دينا فى الذمة سلما وقرضا وثمنا واكتفوا بذكره مرة لكثرة أسبابه ودورانه فى الكلام بخلاف الثياب وغيرها مما ليس من المقدرات أى مما لا يكال ولايوزن ، لأنها لايكثر التعامل بها لعدم ثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات والثياب . وإن ثبتت فى الذمة فى السلم والنكاح إلا أنهما لايكثران كثرة القرض والثمن فلم يستثقلوا ذكرها لعدم دورانها فى الكلام والاكتفاء بالثانى للكثرة ولم توجد فبقى على القياس بخلاف قوله : مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الأثواب تفسيرا للمائة أيضا ويستوى فيه المقدرات وغيرها ، لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا فينصرف إليهما فيكون بيانا لهما وهذا بالإجماع لأن عادتهم جرت بذلك ألا ترى أنهم يقولون : أحد وعشرون وثلاثة وخمسون درهما فينصرف التفسير إليهما لاستوائهما فى الحاجة إليه اه .

قال أبو السعود : والمتقارب الذى لا تختلف آحاده بالكبر والصغر كالمكيل والموزون (قوله وفى مائة وثلاثة أثواب) أو دراهم أوشياه (قوله كلها ثياب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأردفها بالتفسير فصرف إليهما لعدم العاطف وهذا بالإجماع (قوله خلافا للشافعى) ظاهر كلامه أن مخالفته فى هذه المسألة فقط . وليس كذلك قال العينى : وعند الشافعى ومالك تفسير المائة إليه فى الكل وعند أحمد المبهم من جنس المفسر فى الفصلين اه ونحوه فى الدرر (قوله لم تذكر بحرف العطف) بأن يقول مائة وأثواب ثلاثة كما فى مائة وثوب (قوله فانصرف التفسير) أى بالأثواب (قوله إليهما) يعنى أنها تكون تفسيرا لهما لاستواء المعطوف والمعطوف عليه فى الحاجة إلى التفسير (قوله تلزمه الدابة فقط) لأن غصب العقار لا يتحقق عندهما وعلى قياس قول محمد يضمنهما (قوله والأصل أن مايصلح ظرفا إن أمكن نقله) كتمر فى قوصرة لزماه ، ومثله طعام فى جوالق أو فى سفينة (قوله لزماه) لأن الإقرار بالغصب إخبار عن نقله ونقل المظروف حال كونه مظروفا لا يتصور إلا بنقل الظرف فصار إقرارا بغصبهما ضرورة ويرجع فى البيان إليه لأنه لم يعين هكذا قرر فى غاية البيان وغيرها هنا وفيما بعده وظاهره قصره على الإقرار بالغصب ، ويؤيده ما فى الخانية له على ثوب أو عبد صح ويقضى بقيمة وسط عند أبى يوسف وقال محمد : القول له فى القيمة اه .

وفى البحر والأشباه : لا يلزمه شيء اه ولعله قول الإمام فهذا يدل على أن ما هنا قاصر على الغصب وإلا لزمه القيمة أو لم يلزمه شيء ثم رأيته فى الشرنبلالية عن الجوهرة حيث قال : إن أضاف ما أقر به إلى فعل بأن قال غصبته منه تمرا فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة وإلا يضفه إلى فعل بل ذكره ابتداء وقال له على تمر فى قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لأن الإقرار قول والقول يميز البعض دون البعض كما لو قال : بعت له زعفرانا فى سلة والله تعالى الحمد ومثله فى حاشية أبى السعود على منلا مسكين ، ولعل المراد بقوله فعليه التمر قيمته تأمل اه سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

لزمه المظروف فقط خلافا لمحمد وإن لم يصلح لزم الأول فقط كقوله : درهم فى درهم درر .
قلت : ومفاده أنه لو قال : دابة فى خيمة لزماه ، ولو قال ثوب فى درهم لزمه الثوب ولم أره فليتحرر (وبخاتم) تلزمه (حلقته وفصه) جميعا (وبسيف جفنه) وحمائله ونصله (وبحجلة) بحاء فجيم بيت مزين بستور وسرر (للعيدان والكسوة) وبتمر فى قوصرة أو بطعام (فى

أقول : ولعل عليه التمر لاقيمته لأنه مثلى تأمل (قوله وإلا لزم المظروف فقط) وهذا عندهما لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق فى غير المنقول ، ولو ادعى أنه لم ينقل لم يصدق لأنه أقر بغصب تام لأنه مطلق فيحمل على الكمال (قوله خلافا لمحمد) بناء على غصب الغائب العقار فعندهما غير متصور ، فيكون الإقرار بالمظروف فقط وعنده متصور فيكون إقرارا بالظرف والمظروف (قوله وإن لم يصلح) أى ما جعل ظرفا صورة وهو قوله فى درهم والدرهم لايصلح أن يكون ظرفا للدرهم فيكون قوله فى درهم لغوا ويلزمه درهم فقط (قوله فى خيمة) فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفا حقيقة والمعتبر كونه ظرفا حقيقة كما فى المنح (قوله فليحرر) هو ظاهر الحكم أخذا من الأصل ، ويدل عليه ما يأتى متنا وهو قوله ثوب فى منديل أو ثوب بل هنا أولى .
وفى غاية البيان : ولو قال : غصبتك كذا فى كذا والثانى مما يكون وعاء للأول لزماه وفيها ، ولو قال : على درهم فى قفيز حنطة لزمه الدرهم فقط وإن صلح القفيز ظرفا بيانه ما قال خواهر زاده : إنه أقر بدرهم فى الذمة وما فيها لا يتصور أن يكون مظروفا فى شىء آخر اه ونحوه فى الاسبيجابى :
واستظهر سيدى الوالد رحمه الله تعالى أن هذا فى الإقرار ابتداء أما فى الغصب فيلزمه الظرف أيضا كما فى غصبته درهما فى كيس بناء على ما قدمناه ويفيده التعليل ، وعلى هذا التفصيل درهم فى ثوب تأمل (قوله وبخاتم) بأن يقول هذا الخاتم لك (قوله تلزمه حلقته) الحلقة بسكون اللام فى حلقة الباب وغيره والجمع حلق بفتحتين على غير قياس . وقال الأصمعى بكسر الأول كقصعة وقصع وبدرة وبدر وحكى يونس عن ابن العلاء أن الفتح لغة فى السكون ط (قوله وفصه) هو ما يركب فى الخاتم من غيره وفى القاموس الفص للخاتم مثلثة والكسر غير لحن (قوله جميعا) لأن اسم الخاتم يشملهما ولهذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية ط عن الشلبى (قوله جفنه) بفتح الجيم غمده وقرابه (قوله وحمائله) جمع حمالة بكسر الحاء علاقته ط وهى ما يشد به السيف على الخاصرة قطعة جلد ونحوها قال الأصمعى : لا واحد لها من لفظها وإنما واحدها محمل عينى (قوله ونصله) حديده لأن اسم السيف يطلق على الكل (قوله بيت مزين بستور وسرر) مقتضى هذا التفسير أن يلزم البيت أيضا وفى الحموى وقيل يتخذ من خشب وثياب وهو ظاهر وفى العينى : هو بيت يزين بالثياب والأسرة والستور ، ويجمع على حجال قال منلا مسكين واسمه بشخانه وقيل خرشمانه اه . ويقال لها الآن : الناموسية والظاهر لزومها لأنها من مفهومها وصدق الإسم على الكل كما لزمته العلاقة لصدق السيف عليها ويمكن الفرق بالاتصال وعدمه تأمل (قوله العيدان) بضم النون جمع عود كدود جمعه ديدان والدود جمع دودة صحاح (قوله فى قوصرة) بالتشديد وقد تخفف مختار الصحاح قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فأحسبها دخيلا وقد روى :

أفلح من كانت له قوصره   يأكل منها كل يوم مره

ثم قال : ولا أدرى ما صحة هذا البيت اه وهى وعاء التمر منسوج من قصب ويسمى بها ما دام التمر فيها وإلا فهى تسمى بالزنبيل كما فى المغرب .

جوالق أو) فى (سفينة أو ثوب فى منديل أو) فى (ثوب يلزمه الظرف كالمظروف) لما قدمناه (ومن قوصرة) مثلا (لا) تلزمه القوصرة ونحوها (كثوب فى عشرة وطعام فى بيت) فيلزمه المظروف فقط لما مر إذ العشرة لاتكون ظرفا لواحد عادة (وبخمسة فى خمسة وعنى) معنى على أو (الضرب خمسة) لما مر

أقول : والزنبيل معروف ، ويسمى فى عرف الشام قفة فإذا كسرته شددت(١) فقلت زنبيل ، لأنه ليس فى الكلام فعليل بالفتح كذا فى الصحاح بقى أن يقال : مقتضى قوله: فإذا كسرته الخ يفيد جواز الفتح وقوله: لأنه ليس فى كلام العرب الخ يقتضى عدم جوازه وعبارة القاموس تفيد جوازه مع القلة (قوله جوالق) كصحائف جمع جولق بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها وعاء معروف قاموس أى وهو العدل (قوله أو ثوب فى منديل) لأنه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا زيلعى والمنديل بكسر الميم قال فى المغرب تمندل بمنديل خيش(٢) أى شده برأسه ويقل : تمندلت بالمنديل وتمندلت أى تمسحت به حموى (قوله يلزمه الظرف كالمظروف لما قدمناه) أى من أن الصالح للظرفية حقيقة إن أمكن نقله لزماه وإلا لزم المظروف فقط عندهما وكذا لو أقر بأرض أو دار يدخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك أن البناء والأشجار والفص والجفن والعيدان لى لم يصدق ولم تقبل بينته كما فى المنبع وغيره بخلاف ما لو قال هذه الدار لفلان إلا بناؤها فإنه لى وكذا فى سائرها ، وإن لم يصح الاستثناء ، ويكون الكل للمقر له إلا أنه لو أقام البينة تقبل كما فى الخانية (قوله لا تلزمه القوصرة) لأن من للانتزاع فكان إقرارا بالمنتزع (قوله كثوب فى عشرة وطعام فى بيت) هو على قولها وقياس محمد لزومهما (قوله فيلزمه المظروف فقط) عندهما وألزمه محمد الكل لأن النفيس قد يلف فى عشرة ، ونوقض بما لو قال كرباس فى عشرة حريرا (قوله لاتكون ظرفا لواحد عادة) والممتنع عادة كالممتنع حقيقة . وفى قد تأتى بمعنى بين أى على معنى البين والوسط مجازا كقوله تعالى — فادخلى فى عبادى — فوقع الشك والأصل براءة الذمة والمال لا يجب مع الاحتمال ، وفى كلام الشرح أن فى الآية بمعنى مع (قوله وعنى معنى على) لأن غصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كما فى النهاية عن المبسوط زيلعى فى تعليل قوله: بخلاف ما إذا قال : غصبت إكافا على حمار حيث يلزمه الإكاف دون الحمار ، لأن الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه فيقال هنا إذا قال خمسة فى خمسة ، وعنى على فقد أقر باغتصاب خمسة مستقرة على خمسة فالمغصوب هو الخمسة المستقرة والخمسة المستقر عليها مذكورة لبيان محل المغصوب حين أخذه ، وغصب الشيء من محل لايكون مقتضيا بالغصب المحل تأمل (قوله أو الضرب خمسة) لأن أثر الضرب فى تكثير الأجزاء لا فى تكثير المال درر .

قال فى الولوالجية : إن عنى بعشرة فى عشرة الضرب فقط أو الضرب وتكثير الأجزاء فعشرة، وإن نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة (قوله لما مر) أى فى الطلاق من أن الضرب يكثر الأجزاء لا المال فإذا قلت: خمسة فى خمسة تريد به أن كل درهم من الخمسة مثلا خمسة أجزاء .

وفى الولوالجية : أى فيما إذا قال له على عشرة فى عشرة إن نوى الضرب إن قال : نويت تكثير الأجزاء لا يلزمه إلا عشرة وإن نوى تكثير العين لزمه مائة وإن نوى الضرب ولم ينو شيئا آخر لزمه عشرة حملا على نية الأجزاء اه ، وهذا يقتضى ثبوت خلاف فى هذه الصورة ونحوها ، ومعلوم أن ذلك عند التجاحد أما عند

---

(١) (قوله شددت الخ) كذا بالأصل ونص الصحاح والزنبيل معروف فاذا كسرته شددت فقلت زبيل أو زنبيل الخ تأمل اه مصححه.

(٢) قوله (خيش) هكذا بالأصل فليحرر .

وألزمه زفر بخمسة وعشرين (وعشرة إن عنى مع) كما مر فى الطلاق (ومن درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة تسعة) لدخول الغاية الأولى ضرورة إذ لا وجود لما فوق الواحد بدونه

الإتفاق فالأمر ظاهر (قوله وألزمه زفر بخمسة وعشرين) وهو قول الحسن بن زياد وفى الشارح وقال زفر: عليه عشرة فلعل عن زفر روايتين ، وفى التقريب ذكر أن مذهب زفر مثل قول الحسن كما ذكره العينى مخالفا للزيلعى .

قال فى التبيين: وقال زفر عليه عشرة وقال الحسن بن زياد: خمسة وعشرون لعرف الحساب ، لأنهم يريدون به ارتفاع أحد العددين بقدر العدد الآخر ، ولزفر أن حرف فى يستعمل بمعنى مع ، وإن ما يراد به ارتفاع أحد العددين بقدر الآخر عند الخواص من الناس فتعين المجاز المتعارف بين الناس ، وقلنا لما تعذرت الحقيقة وهى الظرفية لغا ولايصار إلى المجاز لأن المجاز متعارض لأنها تستعمل بمعنى الواو وبمعنى مع وبمعنى على وليس حملها على البعض أولى من البعض فلغت اه ملخصا (قوله وعشرة إن عنى مع) لأن اللفظ يحتمل المعية فقد نوى محتمل كلامه فيصدق وفى البيانية على درهم مع درهم أو معه درهم لزماه وكذا قبله أو بعده ، وكذا درهم فدرهم أو ودرهم بخلاف درهم على درهم أو قال درهم درهم ، لأن الثانى تأكيد وله على درهم فى قفيز بر لزمه درهم ، وبطل القفيز كعكسه وكذا له فرق زيت فى عشرة مخاتيم حنطة ودرهم ثم درهمان لزمه ثلاثة ودرهم بدرهم واحد لأنه للبداية اه ملخصا .

وفى الحاوى القدسى: له على مائة ونيف لزمه مائة والقول له فى النيف ، وفى قريب من ألف عليه أكثر من خمسمائة والقول له فى الزيادة (قوله كما مر فى الطلاق) من أنه لو قال: أنت طالق واحدة فى ثنتين طلقت واحدة إن لم ينو أونوى الضرب ، وإن نوى واحدة وثنتين فثلاث ، وإن نوى مع الثنتين فثلاث وبثنتين فى ثنتين بنية الضرب ثنتان ، وإن نوى الواو أو مع كما مر وكذا يقال مثله فى مسألتنا فلو قال: له على عشرة فى عشرة إن نوى الضرب بأن قال: نويت تكثير الأجزاء لا تلزمه إلا عشرة وإن نوى تكثير العين لزمه مائة ، وإن نوى الضرب ولم ينو شيئا آخر لزمه عشرة حملا على نية الأجزاء كما فى الولوالجية وهذا يقتضى ثبوت خلاف فى هذه الصورة ونحوها لأن ذلك عند التجاحد ، أما عند الاتفاق فالأمر ظاهر كما مر قريبا تأمل (قوله تسعة) أى عند الإمام وعندهما عشرة وعند زفر ثمانية وهو القياس لأنه جعل الدرهم الأول والآخر حدا والحد لا يدخل فى المحدود ولهما أن الغاية يجب أن تكون موجودة إذ المعدوم لايجوز أن يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان ، وله أن الغاية لا تدخل فى المغيا لأن الحد يغاير المحدود لكن هنا لابد من إدخال الأولى لأن الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الأول . فدخلت الغاية الأولى ضرورة ولا ضرورة فى الثانية درر .

وفى المنح: ولأن العدد يقتضى ابتداء ، فإذا أخرجنا الأول من أن يكون ابتداء صار الثانى هو الأول فيخرج هو أيضا من أن يكون ابتداء كالأول وكذا الثالث والرابع الخ فيؤدى إلى خروج الكل من أن يكون واجبا وهو باطل اه .

والمراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور فالغاية فى العشرة العاشر وفى الألف الآخر الأخير(١) وهكذا فما قاله أبوحنيفة فى الغاية الأولى: استحسان ، وفى الثانية: قياس وماقالاه فى الغايتين استحسان ، وما قاله زفر فيهما قياس كما

---

(١) قوله (الآخر الأخير) لعله الفرد الأخير كما سيأتى فى هذه الصحيفة .

بخلاف الثانية وما بين الحائطين .

فلذا قال (و) فى له (كر حنطة إلى كر شعير لزماه) جميعا (إلا قفيزا) لأنه الغاية الثانية (ولو قال له على عشرة دراهم إلى عشرة دنانير يلزمه الدراهم وتسعة دنانير) عندأبى حنيفة رضى الله عنه لما مر نهاية (وفى) له (من دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما) فقط لما مر .

فى قاضى زاده (قوله بخلاف الثانية) أى مابعد إلى فإن للتسعة وجودابدون العاشر فلادليل على دخوله فلايدخل بالشك (قوله وما بين الحائطين) أى بخلاف ما بين الحائطين أى لو قال : له فى دارى من هذا الحائط إلى هذا الحائط فإنهما لا يدخلان فى الإقرار لأن الغاية لا تدخل فى المغيا فى المحسوس ، ولا المبدأ بخلاف ما تقدم ، وبخلاف المعدوم فإنه لا يصلح حدا إلا بوجوده ووجوده بوجوبه ، ومن ذلك لو وضع بين يديه عشرة دراهم مرتبة فقال : ما بين هذا الدرهم إلى هذا الدرهم ، وأشار إليهما لفلان لم يدخل الدرهمان تحت الإقرار بالاتفاق كما فى المنبع (قوله فلذا قال) أى لما كان فى المعدود تدخل الغاية الأولى ، دون الثانية قال وفى له كر حنطة الخ لأن الكر معدود بالقفيز عادة فكأنه قال : من قفيز إلى تمام القفزان من قفيزى حنطة وشعير ، فتدخل الغاية الأولى ولا يدخل القفيز الأخير من كر الشعير ، لأنه ذكر الشعير بعد إلى فيلزمه كر حنطة وكر شعير إلا قفيزا قال فى المنح : لأن القفيز الأخير من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكران (قوله إلا قفيزا) من شعير قال القدورى فى التقريب : قال أبو حنيفة : فيمن قال لفلان على ما بين كر شعير إلى كر حنطة ازمه كر شعير وكر حنطة إلا قفيزا ولم يجعل الغاية جميع الكر لأن العادة أن الغاية لا تكون أكثر الشىء ولا نصفه والكر عبارة عن جملة من القفزان فوجب أن يصير الانتهاء إلى واحد منها اه شلبى عن الإتقانى . ومثل هذا يقال فى مسألة المصنف ، ونقل الشلبى أيضا عن قاضيخان لو قال له : على ما بين مائة إلى مائتين فى قول أبى حنيفة : يلزمه مائة وتسعة وتسعون فتدخل فيه الغاية الأولى دون الثانية اه ولو قال : من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير فعنده تلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما الكل ذكره الزيلعى عن النهاية وانظر ماوجه لزوم الكر من الشعير إلا قفيزا مع أنه جعل الغاية نفس الكر (قوله لما مر) أى من أن الغاية الثانية لا تدخل لعدم الضرورة والغاية الأولى داخلة لضرورة بناء العدد عليها .

واعلم أن المراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور فالغاية فى إلى عشرة العاشر ، وفى إلى ألف الفرد الأخير وهكذا على مايظهر لى .

قال المقدسى : ذكر الإتقانى عن الحسن أنه لو قال : من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار وفى الأشباه : على من شاة إلى بقرة لم يلزمه شىء سواء كان بعينه أولا ورأيت معزيا لشرحها قال أبو يوسف : إذا كان بغير عينه فهما عليه ولو قال مابين درهم إلى دراهم فعليه درهم عند أبى حنيفة ودرهمان عند أبى يوسف سائحانى (قوله له ما بينهما فقط) أى دون الحائطين لقيامهما بأنفسهما شرنبلالية عن البرهان ، وعلل المسألة فى الدرر تبعا للزيلعى بقوله : لما ذكرنا أن الغاية لا تدخل فى المغيا اه ولا يخفى مافيه بالنسبة للمبدأ لدخوله فيما سبق ، بخلاف ماهنا ولهذا زاد العينى على ما اقتصر عليه الزيلعى حيث قال : لأن الغاية لا تدخل فى المحسوس ولا المبدأ بخلاف ما تقدم اه وقدمناه قريبا (قوله لما مر) هو لم يقدم له تعليلا وإنما ذكر مخالفته لقوله من درهم إلى عشرة أو بين درهم إلى عشرة وقد ذكره فى المنح بقوله بخلاف ما ذكر من المحسوس لأنه موجود فيصلح حدا فلا يدخلان اه

(وصح الإقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته) أى وقت الإقرار بأن تلد لدون نصف حول او مزوجة أو لدون حولين لو معتدة لثبوت نسبه (ولو) الحمل (غير آدمى) ويقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة زيلعى . لـكن فى الجوهرة : أقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر وأقلها لبقية الدواب ستة أشهر (و) صح (له إن بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للحمل (كالإرث والوصية) كقوله : مات أبوه

والمحسوس هو هذه المسألة ط (قوله وصح الإقرار بالحمل) سواء كان حمل أمة أو غيرها بأن يقول: حمل أمتى أو حمل شاتى لفلان ، وإن لم يبين له سببا ، لأن لتصحيحه وجها وهو الوصية من غيره كأن أوصى رجل بحمل شاة مثلا لآخر ومات فأقر ابنه بذلك فحمل عليه حموى (قوله المحتمل) اسم فاعل من احتمل : أى يصح أن يحمل عليه لفظ الوجود فيقال : هذا الحمل موجود وهو أعم من كونه لأن ماله أولا(١) فإنها إذا ولدت بعده لدون نصف حول كان موجودا محققا ولدون حولين لو معتدة غير محقق ، لـكنه ممكن ويمكن أن يقال : إنه محقق شرعا لثبوت نسبه ، وكذا غير الآدمى إذا قدر بأدنى مدة الحمل المتصورة فيه كان محققا وجوده فلو قال: المعلوم وجوده أو المحتمل كما فى التبيين لـكان أظهر واستغنى عن التكلف، واقتصر على المعلوم وجوده لما علم فى مسألة المعتدة أنه معلوم شرعا ، ولعل أصل العبارة كالتبيين فسقط لفظ المعلوم من قلم الناسخ مع أنه يرد على قوله المحتمل ما لو جاءت به المزوجة لدون سنتين ، فإنه محتمل وجوده بمعنى الإمكان مع أنه لايصح الإقرار به حينئذ فتعين الاقتصار على قولنا لمعلوم وجوده ويدخل فيه ولد المعتدة لدون السنتين كما علمت (قوله بأن تلد) أى الأمة (قوله لدون نصف حول لو مزوجة) وإنما كان كذلك لـما تقرر أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وأكثرها سنتان فإذا كانت مزوجة وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر علم أنه موجود وقت الإقرار وكونه ابن الزوج لا يمنع الإقرار به لغيره ، لأن ولد الأمة رقيق كما فى الدرر (قوله أو لدون حولين لو معتدة) أى او كانت معتدة فجاءت به لأقل من حولين يصح الإقرار به للعلم بوجوده وقت الإقرار (قوله لثبوت نسبه) أى أنه لـما حكم الشارع بثبوت نسبه من المطلق كان حكما بوجوده وقت الإقرار به (قوله ولوالحمل غير آدمى) كحمل الشاة مثلا بأن قال : حمل شاتى لفلان كما مر بشرط أن يتيقن بوجوده وقت الإقرار (قوله ذلك) أى الحمل ولا حاجة إليه لأن الموضع للإضمار (قوله لـكن فى الجوهرة) الاستدراك على ما تضمنه الـكلام السابق من الرجوع إلى أهل الخبرة إذ لا يلزم فيما ذكر .

مطلب أقل مدة الحمل للآدمى وغيره

(قوله أقل مدة حمل الشاة الخ) سيأتى فى كتاب الوصايا نقلا عن القهستانى أن أقل مدة الحمل للآدمى ستة أشهر وللفيل: أحد عشر ، وللابل وللخيل والحمير : سنة وللبقر تسعة أشهر ، وللشاة : خمسة أشهر ومثله المعز ، وللسنور : شهران وللـكلب: أربعون يوما ، وللطير : إحدى وعشرون يوما (قوله وصح له) أى للحمل المحتمل وجوده وقت الإقرار بأن جاءت به لدون نصف حول أو لسنتين أى وهى زوجة حلال وأبوه ميت أما لو جاءت به لسنتين وأبوه حى ووطء الأم له حلال فالاقرار باطل ، لأنه يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات ، فلا يثبت الوجود وقت الاقرار لا حقيقة ولا حكما بيانية وكفاية (قوله إن بين سببا صالحا يتصور للحمل) أى يتصور ثبوته للحمل : أى بأن بين سببا صالحا لثبوت الحكم له (قوله كالارث والوصية) الكاف استقصائية لانحصار السبب الصالح

---

(١) قوله (لأن ماله أولا) هكذا بالأصل ولتحرر العبارة .

فورثه أو أوصى له به فلان فيجوز وإلا فلا كما يأتى (فإن ولدته حيا لأقل من نصف حول) مذ أقر (فله ماأقر وإن ولدت حيين فلهما) نصفين ولو أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك فى الوصية بخلاف الميراث (وإن ولدت ميتا ف) يرد (لورثة) ذلك (الموصى والمورث) لعدم أهلية الجنين (وإن فسره به) ما لا يتصور كهبة أو (بيع أو إقراض أو أبهم الإقرار) ولم يبين سببا (لغا) وحمل محمد المبهم على السبب الصالح، به قالت الثلاثة.

فيهما (قوله فورثه) الحمل واستهلكت من مال المورث ألفا مثلا (قوله وإلا) أى وإن لم يبين سببا صالحا بأن لم يبين سببا أصلا، أو بين سببا غير صالح لايصح الإقرار بل يلغو كما يأتى قريبا (قوله كما يأتى) أى فى قوله وإن فسره الخ (قوله لأقل من نصف حول) أى بأن كانت ذات زوج أو لأقل من سنتين إن كانت معتدة فإن ولدته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا حموى، ومثله فى ابن الكمال (قوله وإن ولدت حيين) أى ذكرين أو أنثيين (قوله فلهما) لأن مجموعهما هو الحمل وهو خبر لمبتدأ محذوف تقديره فالموروث أو الموصى به، وقوله: نصفين نصب على الحال من الضمير فى الخبر أى فهو لهما نصفين (قوله فكذلك) أى نصفان فى الوصية، لأن المال للحمل وهو مجموعهما ولا أرجحية لأحدهما على الآخر فيه (قوله بخلاف الميراث) فإن فيه للذكر مثل حظ الأنثيين (قوله لورثة ذلك) لاحاجة إلى اسم الاشارة (قوله الموصى والمورث) عبارة البحر: وإن ولدت ميتا يرد إلى ورثة الموصى أو ورثة أبيه اه.

قال العلامة الرملي: أقول: يعنى إذا قال المقر أوصى له به فلان، ثم ولد ميتا فإنه يرد إلى ورثة الموصى الذى قال المقر: إنه أوصى للحمل، وقوله: أو ورثة أبيه يعنى إن قال المقرمات أبوه فورثه فإنه يرد إلى ورثة أبيه إن ولد ميتا عملا بقول المقر فى المسئلتين (قوله لعدم أهلية الجنين) أى لأن هذا الإقرار فى الحقيقة لهما أى للموصى والمورث، وإنما ينتقل للجنين بعد ولادته حيا، ولم ينفصل حيا فيكون لورثتهما كما فى الدرر.

والحاصل: أن الحمل لا يكون أهلا لأن يرث ويورث، ويستحق الوصية إلا إذا خرج أكثره حيا (قوله كهبة) أى للحمل فانها لا تصح له لأن حكمها ثبوت الملك للموهوب له والحمل لا يملك (قوله أو بيع أو إقراض) بأن قال الحمل: باع منى أو أقرضنى درر إذ لايتصور شىء منه من الجنين لا حقيقة، وهو ظاهر ولا حكما لأنه لا يولى عليه (قوله أو أبهم الإقرار ولم يبين سببا) بأن قال لحمل فلانة كذا (قوله لغا) أى بطل فلا يلزمه شىء أيضا عند أبى يوسف، لأن مطلق الاقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا حمل إقرار المأذون، وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به ولا يصح فكذا هذا درر (قوله وحمل محمد المبهم على السبب الصالح) لأنه يحتمل الجواز والفساد، ولأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافا إلى محله كان حجة يجب العمل بها، ولا نزاع فى صدوره من أهله لأنه هو المفروض، وأمكن إضافته إلى محله بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون، إذا أقر بدين فإن إقراره، وإن احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل عناية. وأبو يوسف يبطله، لأن لجوازه وجهين الوصية والإرث، ولبطلانه وجوها وليس أحدهما بأولى من الآخر، فحكم بالفساد نظيره: لو شرى عبدا بألف ثم قبل النقد باعه وعبدا آخر من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما سواء فإنه يبطل، وإن أمكن جوازه بأن يجعل الألف أو أكثر حصة المشترى، والباقى حصة الآخر زيلعى وفيه نظر إذ لا نسلم أن تعدد جهة ~~الجواز~~ يوجب الفساد لم لا يكفى فى صحة الحمل على الجواز صلاحية فرد من الوجهين، وإن لم يتعين خصوصية ألا ترى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الإقرار اتفاقا فكيف تمنعها جهالة سبب المقر به حموى

(و) أما (الإقرار للرضيع) فإنه (صحيح وإن بين) المقر (سببا غير صالح منه حقيقة كالإقراض) أو ثمن مبيع (لأن) هذا (المقر محل لثبوت الدين) للصغير فى الجملة أشباه .

عن قاضى زاده وهذا ترجيح منه لقول محمد ويقوى بحث قاضى زاده ماذكره فى الشرنبلالية حيث قال : ولقائل أن يقول قد تقدم من الزيلعى فى الإقرار بالمجهول أنه إذا لم يبين السبب يصح ، ويحمل على أنه وجب عليه بسبب تصح معه الجهالة ، فما الفرق بينه وبين ما ذكرهنا من عدم حمله على السبب الموجب للصحة ، على قول القائل به وفى كل احتمال الفساد والصحة اه .

وفى التبيين : ولا يقال إن ظاهر إقراره يقتضى الوجوب ، فكيف يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح والإبطال رجوع عن الإقرار ، وهو لا يملك الرجوع لأنا نقول ليس برجوع وإنما هو بيان سبب يحتمل ، لأنه يحتمل أن أحدا من أوليائه باعه منه فحسب أن ذلك صحيح فيقربه ويضيفه إلى الجنين مجازا اه ملخصا ثم على قول محمد : إذا صح الإقرار مع إبهام السبب ، ثم ولد الحمل ميتا أو لم يوجد حمل لمن يرد المقر به براجع ، وأفاد فى الزيلعى والعناية أنه تحصل أن للمسألة ثلاث صور إما أن يبهم الإقرار فهو على الخلاف ، وإما أن يبين سببا صالحا ، فيجوز بالاجماع ، وإما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع ، فإن قيل : ظاهر إقراره يقتضى الوجوب ، فكيف يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح ، والابطال رجوع ، وهو فى الإقرار لا يصح .

أجيب : بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال : قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة اه ثم قال المنلا عبد الحليم : وقيل أبو حنيفة مع أبى يوسف ، واختار صاحب الهداية قول أبى يوسف على ما هو دأبه فى ترتيب المسائل وتبعه صاحب الوقاية ، حيث ترك قول محمد رأسا إشارة إلى رجحان قول أبى يوسف : وعليه أكثر الشراح حيث قووا دليله اه ثم قال : فظهر أن قول أبى يوسف : هو المختار وأقوى وإن من قال ولم نظفر فيما عندى من المعتبرات ما يرجح قول أحدهما على قول الآخر أظهر عدم تتبعه كما لا يخفى اه (قوله فإنه صحيح) لأن الإقرار لا يتوقف على القبول ويثبت الملك للمقرله من غير تصديق ، لكن بطلانه يتوقف على الإبطال كما فى الأنقروى ، وأما الإقرار للصغير فلا يتوقف على تصديقه : فيصير الشىء المقر به له ملكاله بمجرد الاقرار ، ولا يصح إقرار المقر بعد ذلك للغير كما قدمناه عن الخير الرملى موضحا فراجعه إن شئت (قوله لأن هذا المقر الخ) قال العلامة الاتقانى : بخلاف ما لو أقر لرضيع أن عليه ألف درهم بالبيع أو الاجارة لأن الرضيع من أهل أن يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه ، لأنه يتجر له إن كان لا يتجر هو بنفسه بخلاف الجنين اه أى فإنه لا يلى أحد عليه قال بعض الفضلاء الفرق بين الرضيع والحمل حيث جاز الاقرار للأول ، وإن بين أنه قرض أو ثمن مبيع ، ولم يجز للثانى لأنه لا يتصور البيع مع الجنين ولا يلى عليه أحد بخلاف الصغير لثبوت الولاية عليه فيضاف إليه عقد الولى مجازا هكذا فهمت من كلامهم اه .

أقول : وجه فى المحيط صحة الاقرار للصغير وإن بين سببا غير صالح بأنه أقر بوجوب الدين بسبب ، وإن لم يثبت لأنه لا يتصور من الصبى نفى الاقرار بالدين كما لو كذبه المقر له فى السبب بأن قال لك على ألف غصبا فقال المقرله : بل دينا يلزمه المال وإن لم يثبت السبب كذا هذا ومثله فى الحواشى الحموية (قوله فى الجملة أشباه) قال محشيه الحموى : يعنى لأن البيع أو القرض صدر من بعض أوليائه فاضافته إلى الصغير مجاز انتهى

(أقر بشيء على أنه بالخيار) ثلاثة أيام (لزمه بلا خيار) لأن الإقرار إخبار فلا يقبل الخيار (وإن) وصلية (صدقه المقر له) فى الخيار لم يعتبر تصديقه (إلا إذا أقر بعقد) بيع (وقع بالخيار له) فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن فلذا قال (إلا أن يكذبه المقر له) فلا يصح لأنه منكر والقول له (كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار فى مدة ولو) المدة (طويلة) أو قصيرة فإنه يصح

(قوله أقر بشيء على أنه بالخيار الخ) يعنى بأن قال له : على ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنى بالخيار ثلاثة أيام منح (قوله لزمه بلاخيار) لوجود الصيغة الملزمة (قوله فلا يقبل الخيار) لأن المقصود من الخيار هو الفسخ ولما لم يحتمل الاقرار والفسخ لم يجز شرط الخيار له ، ولزمه المال ، لأنه إن كان صادقا فهو واجب العمل به ، وإن لم يختر وإن كان كاذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره ، وعدم اختياره وإنما تأثير اشتراط الخيار فى العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وإمضائه درر وعناية .

فإن قيل : الاقرار يرتد بالرد وهو فسخ ؟ قلنا : ليس بفسخ للإقرار لأنه رفع للشيء بعد ثبوته ورد الإقرار ليس رفعا له بعد ثبوته فى حقه ، بل بيان أنه غير ثابت أصلا لأنه يحتمل الصدق والكذب ، فإذا كذبه المقرله ثبت الكذب فى حقه لأنه إقرار على نفسه وإذا صح التكذيب فى حقه ظهر أن الاقرار لم يثبت من الأصل بخلاف البيع لأنه تصرف يحتمل الفسخ بعد وقوعه ، لأن ما هو المقصود منه وهو الملك مما ينفسخ بانفساخ البيع ، لأنه ثابت به والمقصود من فسخ السبب فسخ حكمه ، فإذا كان حكم السبب محتملا للفسخ كان السبب كذلك وعكسه (قوله لم يعتبر تصديقه) الأولى حذفه بل ينبغى أن يقول : فإنه لم يعتبر لأن إن وصلية فلاجواب لها : أى بل جوابها مفهوم من الكلام السابق إلا أن يقال : هذا بيان لذلك المفهوم فلا اعتراض حينئذ (قوله إلا إذا أقر بعقد) أى بدين لزمه بسبب عقد الخ بأن يقول له على ألف ثمن مبيع بخيار (قوله وقع بالخيار له) فحينئذ يثبت الخيار له إذا صدقه المقر له أو أقام عليه بينة إلا أن يكذبه المقرله فلا يثبت الخيار ، وكان القول قول المقر له كما يأتى قريبا . فإن قيل : إن لم يقبل الإقرار الفسخ فالسبب الذى به وجب المال وهو التجارة تقبل ، فيجب أن يكون الخيار مشروطا فى سبب الوجود قلنا السبب غير مذكور ، وإنما يعتبر مذكورا ضرورة صحة الإقرار ، وإذا ثبت مقتضى صحته اعتبر مذكورا فى حقه فقط دون صحة الخيار ، وأما إذا قال : على ألف ثمن مبيع بخيار فيصح إن صدقه المقر له أو برهن ، لأن المقر به عقد يقبل الخيار ، وهو من العوارض فلا بد من التصديق أو البيان ، وإن أقر بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار مدة معلومة ، ولو طويلة جاز إن صدقه ، لأن الكفالة تحتمل من الجهالة ، والخطر ما لا يحتمله البيع ، فإذا جاز شرطه فيه ففيها أولى ثم لم يقدر فيها لأن إطلاق الخيار فى البيع ينافى حكمة الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل وحكم الكفالة لزوم الدين وأنه يصح مطلقا ومقيدا مقدسى (قوله لأنه منكر) للخيار فى العقد الذى هو من العوارض والقول فيها للمنكر (قوله أو قصيرة) الأولى حذفها كما لا يخفى حلبى ، وإنما جازت الكفالة مطلقة ومقيدة لأن حكمها ههنا لزوم الدين ، وهو يصح مطلقا ومقيدا فلا يكون اشتراط الخيار كذلك منافيا لها ، بخلاف البيع فلا بد من التوقيت فيه بثلاثة لأن إطلاق الخيار ينافى حكم البيع ، لأن حكمه الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل ، وبينهما منافاة .

والحاصل : لأنه كما أن البيع عقد يصح فيه شرط الخيار ، ولا يزاد فيه على ثلاثة أيام عند الامام والكفالة عقد أيضا يصح فيه شرط الخيار ، ويصح اشتراطه مدة طويلة أو قصيرة ، لأنها عقد تبرع يتوسع فيها بعد أن

إذا صدقه لأن الكفالة عقد أيضا بخلاف ما مر لأنها أفعال لا تقبل الخيار زيلعي .

(الأمر بكتابة الإقرار إقرار حكما) فإنه كما يكون باللسان يكون بالبنان فلو قال للصكاك : اكتب خط إقراري بألف علي أو اكتب ببيع داري أو طلاق امرأتي صح كتب أم لم يكتب وحل الصكاك أن يشهد إلا في حد وقود خانية وقدمنا في الشهادات

تكون المدة معلومة لكن قد صدر في سنة خمس وثمانين بعد المائتين والألف أمر حضرة السلطان نصره الرحمن لسائر قضاته ونوابه في الممالك المحروسة بالحكم على قول الصاحبين في امتداد خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام موافقا لما في المادة الثلثمائة من الجزء الأول من كتاب البيع من الأحكام العدلية حين كنت في الاستانة العلية ، ومتشرفا بتوظيفي بتلك الجمعية العلمية بأمر من حضرته نصره الله تعالى بجمعها (قوله إذا صدقه) فإذا كذبه يلزمه المال من غير شرط والقول له لأنه يدعي عليه التأخير وهو ينكر إتقاني (قوله لأن الكفالة عقد أيضا) علة للتشبيه المستفاد من الكاف (قوله بخلاف مامر) أي من قوله أقر بشيء كما بيناه (قوله لأنها أفعال) لأن الشيء المقر به قرض أو غصب أو وديعة عارية أو قائمة أو مستهلكة فالقرض وما عطف عليه أفعال قد أخبر بوقوعها فلا يصح فيها شرط الخيار (قوله الأمر بكتابة الإقرار) بخلاف أمره بكتابة الاجارة وأشهد ، ولم يجر عقد لا تنعقد أشباه (قوله إقرار حكما) لأن الأمر إنشاء والإقرار اختبار فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد أن الأمر بكتابة الإقرار إذا حصل حصل الإقرار حلبي عن الدرر (قوله يكون بالبنان) بالباء الموحدة والنون ومقتضى كلامه : أن مسألة المتن من قبيل الإقرار بالبنان ، والظاهر أنها من قبيل الإقرار باللسان بدليل قوله : كتب أم لم يكتب ، وبدليل ما في المنح عن الخانية حيث قال : وقد يكون الإقرار بالبنان كما يكون باللسان رجل كتب على نفسه ذكر حق بحضرة قوم أو أملى على إنسان ليكتب ثم قال : اشهدوا علي بهذا لفلان كان إقرارا اه فإن ظاهر التركيب أن المسألة الأولى مثال للإقرار بالبنان والثانية للإقرار باللسان فتأمل ح (قوله خط إقراري) أي الخط الدال على إقراري فالإضافة من إضافة الدال إلى المدلول والدلالة التزامية ، وفي أحكام الكتابة من الأشباه إذا كتب ولم يقل شيئا لاتحل الشهادة . قال القاضي النسفي : إن كتب مصدرا يعني كتب في صدره إن فلان بن فلان له علي كذا أو أما بعد فلفلان علي كذا يحل للشاهد أن يشهد ، وإن لم يقل اشهد علي به والعامة على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ولو كتب ، وقرأه عند الشهود حلت ، وإن لم يشهدهم ، ولو كتب عندهم وقال : إشهدوا علي بمافيه إن علموا بما فيه كان إقرارا وإلا فلا وذكر القاضي ادعى على آخر مالا ، وأخرج خطا وقال : إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر كونه خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال في الصحيح ، لأنه لايزيد على أن يقول : هذا خطي ، وأنا حررته لكن ليس على هذا المال وثمة لايجب كذا هنا إلا في دفتر السمسار والبياع والصراف انتهى ومثله في البزازية .

قال السائحاني : وفي المقدسي عن الظهيرية لو قال : وجدت في كتابي أن له علي ألفا أو وجدت في ذكري أو في حسابي أو بخطي أو قال : كتبت بيدي أن له علي كذا كله باطل وجماعة من أئمة بلخ قالوا في دفتر البياع إن ما وجد فيه بخط البياع ، فهو لازم عليه لأنه لايكتب إلا ما على الناس له وما للناس عليه صيانة عن النسيان والبناء على العادة الظاهرة واجب انتهى .

فقد استفدنا من هذا أن قول أئمتنا لا يعمل بالخط يجرى على عمومه ، واستثناء دفتر السمسار والبياع

عدم اعتبار مشابهة الخطين .

(أحد الورثة أقر بالدين) المدعى به على مورثه وجحده الباقون

لا يظهر بل الأولى أن يعزى إلى جماعة من أئمة بلخ وأن يقيد بكونه فيما عليه ، ومن هنا يعلم أن رد الطرسوسى العمل به مؤيد بالمذهب ، فليس إلى غيره نذهب وانظر ما تقدم فى كتاب القاضى إلى القاضى ، وما قدمناه فى الشهادات .

وحاصل ما تحرر فى مسألة الخط : أن عامة علمائنا على عدم العمل به إلا ما وجده القاضى فى أيدى القضاة الماضين ، وله رسوم فى دواوينهم أى السجلات وخط السمسار والبياع والصراف ، وإن لم يكن معنونا ظاهرا بين الناس ، وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم على أنفسهم فى دفاترهم المحفوظة عندهم بخطهم المعلوم بين التجار وأهل البلد فهو حجة عليه ، ولو بعد موتهم وكذلك كتاب الأمان والبراءات السلطانية والدفتر الخاقانى كما قدمنا ذلك فى الشهادات موضحا بأدلته فراجعه ومشى فى الفتاوى النعيمية فى رجل كان يستدين من زيد ويدفع له ثم تحاسبا على مبلغ دين تبقى لزيد بذمة الرجل ، وأقر الرجل بأن ذلك آخر كل قبض وحساب ، ثم بعد أيام يريد نقض ذلك وإعادة الحساب فهل ليس له ذلك .

الجواب : نعم لقول الدرر لاعذر لمن أقر اهـ وفيهافى شريكى تجارة حسب لهما جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس ، وقد ظنا صواب الجماعة فى الحساب ثم تبين الخطأ فى الحساب لدى جماعة أخر فهل يرجع للصواب ؟

الجواب : نعم لقول الأشباه : لا عبرة بالظن البين خطؤه فى شريكى عنان تحاسبا ثم افترقا بلا إبراء أو بقيا على الشركة ثم تذكر أحدهما أنه كان أوصل لشريكه أشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه ، فأنكر الآخر ولا بينة فطلب المدعى يمينه على ذلك فهل له ذلك لأن اليمين على من أنكر الجواب نعم اهـ (قوله عدم اعتبار مشابهة الخطين) هو الصحيح فإذا ادعى عليه حقا ، وأظهر خط يده فاستكتب فكتب فإذا الخط يشبه الخط لايقضى عليه وقال بعضهم : يقضى عليه ومشى عليه فى المجلة فى مادة ١٦٠٧ وفى ١٦٠٩ وفى ١٦١٠ وفى ١٨٣٦ وفى ١٧٣٧ وفى ١٧٣٨ وفى ١٧٣٩ وصدر الأمر الشريف السلطانى بالعمل بموجبه إذا كان خاليا من الشبهة والتصنع والتزوير فيعمل بها ككتاب القضاة والوقفية إذا كانت مسجلة وسجلات القضاة والبرات السلطانية والدفاتر الخاقانية ، ودفاتر التجار فيما عليهم والصكوك والقامبيالى والوصول ، وعلم الخبر إذا كانت بخط من عليه الدين أو إمضائه ، وختمه المعروفين فلو لم تكن معروفة يستكتب عند أهل الخبرة فإذا وافق الخط الخط وكانا كخط واحد يلزم بالمال وعليه قارىء الهداية وبموجبه صدر الأمر السلطانى كما علمت (قوله وجحده الباقون) وإن صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة آلاف فاقتسموها ، وأخذ كل واحد ألفا فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الأكبر فى الكل والأوسط فى الألفين والأصغر فى الألف أخذ من الأكبر ألفا ومن الأوسط خمسة أسداس الألف ومن الأصغر ثلث الألف عند أبى يوسف وقال محمد فى الأصغر والأكبر كذلك وفى الأوسط يأخذ الألف ووجه كل فى الكافى .

[تنبيه] لو قال المدعى عليه عند القاضى : كل ما يوجد فى تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته ليس بإقرار لأنه قيده بشرط لا يلائمه فإنه ثبت من أصحابنا رحمهم الله تعالى أن من قال كل ما أقر به على فلان فأنا مقر به فلا يكون إقرارا لأنه يشبه وعدا كذا فى المحيط شرنبلالية .

[فرع] ادعى المديون أن الدائن كتب على قرطاس بخطه أن الدين الذى لى على فلان بن فلان أبرأته عنه

(يلزمه) الدين (كله) يعنى إن وفى ماورثه به برهان وشرح مجمع (وقيل حصته) واختاره أبو الليث دفعا للضرر ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت وبهذا علم أنه لا يحل الدين فى نصيبه بمجرد إقراره بل بقضاء القاضى عليه بإقراره فلتحفظ هذه الزيادة درر .

صح وسقط الدين لأن الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به وإن لم يكن كذلك لا يصح الابراء ، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب الدائن أولا بطلبه بزازية من آخر الرابع عشر من الدعوى (قوله يلزمه كل الدين) أى فى قول أصحابنا منح (قوله وقيل حصته) عبر عنه بقيل لأن الأول ظاهر الرواية كما فى فتاوى المصنف ، وسيجىء أيضا وهذا بخلاف الوصية لما فى جامع الفصولين : أحد الورثة او أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقا . وفى مجموعة منلاعلى عن الحاوية فى الفصل التاسع والثلاثين : أحدالورثة إذا أقر بالوصية يؤخذ منه مايخصه بالاتفاق ، وإذا مات وترك ثلاث بنين وثلاثة آلاف درهم فأخذ كل ابن ألفا فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد البنين فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة أخماس ما فى يده ، وهو قول زفر وفى الاستحسان يؤخذ منه ثلث ما فى يده وهو قول علمائنا رحمهم الله تعالى لنا أن المقر أقر بألف شائع فى الكل ثلث ذلك فى يده وثلثاه فى يد شريكيه فما كان إقرارا فيما فى يده قبل وما كان إقرارا فى يد غيره لا يقبل فوجب أن يسلم إلى الموصى له ثلث ما فى يده اهـ (قوله دفعا للضرر) أى عن المقر أى لأنه إنما أقر بما تعلق بكل التركة (قوله ولو شهد هذا المقر مع آخر الخ) وكذا لو برهن الطالب على هذا المقر تسمع البينة عليه كما فى وكيل قبض العين : لو أقر من عنده العين أنه وكيل بقبضها لايكفى إقراره ، ويكلف الوكيل إقامة البينة على إثبات الوكالة حتى يكون له قبض ذلك فكذا هنا جامع الفصولين وفيه خ ينبغى للقاضى أن يسأل المدعى عليه هل مات مورثك فإن قال : نعم فحينئذ يسأله عن دعوى المال ، فلو أقر وكذبه بقية الورثة ، ولم يقض بإقراره حتى شهد هذا المقر وأجنبى معه يقبل ، ويقضى على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه بإقراره لاتقبل ، ولو لم يقم البينة أقر الوارث أو نكل ، ففى ظاهر الرواية يؤخذ كل الدين من حصة المقر ، لأنه مقر بأن الدين مقدم على إرثه وقال ث : هو القياس ولكن المختار عندى أن يلزمه مايخصه وهو قول الشعبى والحسن البصرى ومالك وسفيان وابن أبى ليلى وغيرهم ممن تابعهم ، وهذا القول أعدل وأبعد من الضرر ، ولو برهن لايؤخذ منه إلا مايخصه وفاقا انتهى بقى مالو برهن على أحد الورثة بدينه بعد قسمة التركة فهل للدائن أخذ كله من حصة الحاضر .

قال المصنف فى فتاويه : اختلفوا فيه فقال بعضهم : نعم فاذا حضر الغائب رجع عليه وقال بعضهم : لايأخذ منه إلا مايخصه انتهى ملخصا (قوله وبهذا) أى بقبول شهادة المقر مع آخر أنه على الميت (قوله بمجرد إقراره) إذ او أقر ولزمه جميع المال ثم شهد مع آخر ، وقبلت شهادته لزمه بقدر حصته ، فيكون فى شهادته دفع مغرم عن نفسه والشهادة كذلك لاتقبل فقبولها دليل أن إقراره الأول لايعتبر ولا يلزمه به دين وهو مشكل فإن إقرار الإنسان حجة فى حق نفسه ، والقضاء فيه مظهر لامثبت ولو جعل هذا الفرع مخرجا على قول الفقيه لكان ظاهرا لأنه لم يدفع بهذه الشهادة مغرما عن نفسه ط . قال الباقانى : ولو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد الإقرار ماقبلت شهادته لما فيه من دفع المغرم عنه (قوله فلتحفظ هذه الزيادة) وهى كون الإقرار غير ملزم إلا بالقضاء لما ذكرنا وحاصل مايقال : إنه إذا ادعى رجل دينا على ميت ، وأقر بعض الورثة به فنى قول أصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين قال الفقيه أبو الليث : هو القياس لكن الاختيار عندى أن يؤخذ منه مايخصه من الدين ، وهذا القول أبعد من الضرر وذكره شمس الأئمة الحلوانى أيضا وقال مشايخنا هنا زيادة شىء لم تشترط فى الكتب ، وهو أن يقضى القاضى عليه بإقراره إذ بمجرد الإقرار لايحل الدين فى نصيبه ، بل يحل

(أشهد على ألف فى مجلس وأشهد رجلين آخرين فى مجلس آخر) بلا بيان السبب (لزم) المالان

بقضاء القاضى، ويظهر ذلك بمسألة ذكرها فى الزيادات: وهى أن أحد الورثة إذا أقر بالدين ثم شهد هو ورجل أن الدين كان على الميت فإنها تقبل وتسمع شهادة هذا المقر إذا لم يقض عليه القاضى بإقراره، فلو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد إقراره لزم أن لاتقبل فيها لما فيه من الغرم.

قال صاحب الزيادات: وينبغى أن تحفظ هذه الزيادة فإن فيها فائدة عظيمة كذا فى العمادية لكن يشكل على هذا أن إقرار الإنسان حجة فى حق نفسه والقضاء فيه مظهر لا مثبت كما ذكروا وأيضا فإن المال يلزمه بمجرد الإقرار والقضاء إنما يحتاج فى البينة إذ لا يتهم المرء فيما أقر به على نفسه، ولهذا لو أقر بمعين لإنسان ثم أقر به لآخر كان للأول ولا شىء للثانى على أنه يكون حينئذ فى عرضية أن يقضى عليه، فلازم رد شهادته كما ترد شهادة أهل قرية وجد فيها قتيل، وقد ادعى وليه القتل على بعضهم فلو جعلوا هذا الفرع مخرجا على قول الفقيه لكان ظاهرا لأنه لم يدفع بهذه الشهادة مغرما عن نفسه تأمل (قوله أشهد على ألف الخ) نقل المصنف فى المنح عن الخانية اروايتين عن الإمام ليس ما فى المتن واحدة منهما إحداهما: أن يلزمه المالان إن أشهد فى المجلس الثانى: عين الشاهدين الأولين، وإن أشهد غيرهما كان المال واحدا وأخراهما أنه إن أشهد على كل إقرار شاهدين يلزمه المالان جميعا سواء أشهد على إقراره الثانى الأولين أو غيرهما اه فلزوم المالين إن أشهد فى مجلس آخر آخرين ليس واحدا مما ذكر ونقل فى الدرر عن الإمام الأولى، وأبدل الثانية بما ذكره المصنف متابعة له، واعترضه فى العزمية بما ذكرنا وإنه ابتداع قول ثالث غير مسند إلى أحد ولا مسطور فى الكتب تأمل (قوله فى مجلس آخر) بخلاف ما لو أشهد أولا واحدا وثانيا آخر فى موطن أو موطنين فالمال واحد اتفاقا، وكذا لو أشهد على الأول واحدا وعلى الثانى أكثر فى مجلس آخر فالمال واحد عندهما وكذا عنده على الظاهر منح (قوله لزم المالان) اعلم أن تكرار الإقرار لا يخلو إما أن يكون مقيدا بسبب، أو مطلقا والأول على وجهين إما بسبب متحد فيلزم مال واحد وإن اختلف المجلس أو بسبب مختلف فمالان مطلقا، وإن كان مطلقا فإما بصك أولا والأول على وجهين إما بصك واحد فالمال واحد مطلقا، أو بصكين فمالان مطلقا، وأما الثانى: فإن كان الإقرار فى موطن واحد يلزم مالان عنده وواحد عندهما. وإن كان فى موطنين فإن أشهد على الثانى شهود الأول فمال واحد عنده إلا أن يقول المطلوب هما مالان وإن أشهد غيرهما فمالان، وفى موضع آخر عنه على عكس ذلك، وهو إن اتحد الشهود فمالان عنده وإلا فواحد عندهما.

وأما عنده فاختلف المشايخ منهم من قال: القياس على قوله مالان وفى الاستحسان مال واحد وإليه ذهب السرخسى.

ومنهم من قال على قول الكرخى: مالان وعلى قول الطحاوى: واحد وإليه ذهب شيخ الإسلام اه ملخصا من التاترخانية، وكل ذلك مفهوم من الشرح، وبه ظهر أن ما فى المتن رواية منقولة، وأن اعتراض العزمية على الدرر مردود حيث جعله قولا مبتدعا غير مسطور فى الكتب مستندا إلى أنه فى الخانية حكى فى المسألة روايتين.

الأولى: لزوم مالين إن اتحد الشهود، وإلا فمال واحد.

الثانية: لزوم مالين إن أشهد على كل إقرار شاهدين اتحد أولا وقد أوضح المسألة فى الولوالجية فراجعها وسنذكر توضيحها قريبا إن شاء الله تعالى، فقد تحقق أن كلام المصنف هنا هو ما فى الخانية وليس فيه ما يخالف

(ألفان) كما لو اختلف السبب بخلاف مالو اتحد السبب أوالشهود أو أشهد على صك واحد أو أقر عند الشهود ثم عند القاضي أو بعكسه ابن ملك والأصل أن المعرف أوالمنكر إذا أعيد معرفا كان الثاني عين الأول أو منكرا فغيره ولو نسي الشهود أفي موطن أم موطنين فهما مالان مالم يعلم اتحاده وقيل واحد وتمامه في الخانية .

ما فيها كما لايخفى على من نظر فيها (قوله ألفان) بدل كل من قوله المالان قال في الأشباه : وإذا تعدد الإقرار بموضعين لزمه الشيئان إلا بالإقرار بالقتل بأن قال : قتلت ابن فلان ثم قال : قتلت ابن فلان وكذا في العبد ، فهو إقرار بواحد إلا أن يكون سمي اسمين مختلفين ، وكذا التزويج والإقرار بالجراحة فهو ثلاث ولايشبه الإقرار بالمال في موضعين اه .

قال في الدرر : هذا عند أبي حنيفة لكن بشرط مغايرة الشاهدين الآخرين للأولين في رواية وشرط عدم مغايرتهما لهما في أخرى وهذا بناء على أن الثاني غير الأول ، وعندهما لا يلزمه إلا ألف واحدة لدلالة العرف على أن تكرار الإقرار لتأكيد الحق بالزيادة في الشهود اه (قوله كما لو اختلف السبب) ولو في مجلس واحد .

قال في البزازية : جعل الصفة كالسبب حيث قال إن أقر بألف بيض ، ثم بألف سود فمالان ولو ادعى المقر له اختلاف السبب وزعم المقر اتحاده أو الصك أو الوصف فالقول للمقر ، ولو اتحد السبب والمال الثاني أكثر يجب المالان وعندهما يلزم الأكثر سائحاني (قوله بخلاف مالو اتحد السبب) بأن قال له علي ألف ثمن هذا العبد ، ثم أقر بعده كذلك في ذلك المجلس أو في غيره منح (قوله أو الشهود) هذا على ما ذهب إليه السرخسي كما علمته مما مر ، ويأتي لكن قال الطحاوي هذا لم يوافق أحد القولين السابقين ، فإن القول الأول حاصله أن اتحاد الشهود يوجب التعدد واختلافهم لا يوجبه ، والثاني اعتبر اختلاف المواطن فتأمل اه .

أقول : لايخفى عليك أن ما مر من التفصيل يؤيد كلام الشارح وأنه الاستحسان بأنه مال واحد فتأمل . ويؤيده ما يأتي قريبا (قوله ثم عند القاضي) إنما كان واحدا لأنه أراد بإقراره عنده تثبيته على نفسه خوف موته أو جحوده ، وكذا لو كان كل عند القاضي في مجلسين ط .

أقول : ولا تنس ما قدمناه عن المجلة وصدور الأمر الشريف السلطاني بالعمل بموجبه وفيها أيضا في مادة ١٦١١ لو كتب على نفسه سندا وأمضاه أو ختمه على المرسوم المتعارف كما مر وسلمه للدائن ثم مات من عليه الدين ، وأنكر الورثة الخط والدين فإذا كان خطه وختمه مشهورين ومعروفين بين الناس يعمل بموجب السند وفي مادة ١٦١٢ لو وجد عند الميت صرة نقود مكتوب عليها بخط الميت هذه أمانة فلان الفلاني ودراهمه من يده تؤخذ من التركة ولا يحتاج لإثباتها إذا كان الخط معروفا بأنه خطه (قوله أو بعكسه) لأنه يخبر عما لزمه في مجلسه (قوله أن المعرف) كما إذا عين سببا واحدا للمال في الإقرارين (قوله أو المنكر) كما إذا أقر بألف مطلق عن السبب ، ثم أقر بألف ثمن هذا العبد (قوله أو منكرا فغيره) كما إذا أقر بألف ثم بألف أو أقر بألف ثمن عبد ثم بألف ثمن عبد وصورة إعادة المعرف منكرا ما إذا أقر بألف ثمن هذا العبد ثم أقر بألف والمسألة الأولى هي الخلافية هل يعتبر اتحاد الشهود أو اتحاد الموطن على القولين السابقين فكونه غيرا عند التنكير على هذا التفصيل ط (قوله ولو نسي الشهود) أي في صورة تعدد الاشهاد (قوله وقيل واحد) لأن المال لا يجب بالشك (قوله وتمامه في الخانية) وحاصله : أن الصور أربع في اثنين يكون الثاني عين الأول ، وفي اثنين يكون غيرا وهذا كله فيما إذا اتحد المالان أما إذا اختلفا قلة وكثرة فقد ذكره في المجمع والمنظومة .

وعبارة المجمع : وتعدد المشهد أي موضع الإشهاد والشاهدين العدلين ملزم للمالين والزيادة بالأكثر إن تفاوتا .

. . . .

قال شارحه : رجل أقر بألف فى مجلس وأشهد عليه شاهدين عدلين، ثم أقر فى مجلس آخر بألف، أوأقل أو أكثر وأشهد عدلين آخرين . قال أبو حنيفة : يلزمه المالان وقالا : يلزمه مال واحد إن تساويا وإن تفاوتا لزمه أكثرهما لأن الإقرار إخبار بالحق الثابت والإخبار قد يكرر فيكون الثانى عين الأول ، فصار كما لو أقر بهما فى مجلس واحد أو أشهد عدلا واحدا فى الأول أو فاسقين ، وله أنهما إقراران مختلفان والمال قد يجب وقتا بعد وقت ، والظاهر أن الثانى غير الأول على أن النكرة إذا كورت لم يكن الثانى عين الأول إلا إذا أعيدت معرفة كقوله تعالى - كما أرسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول - وفى الكافى شرح المنظومة : من أقر على نفسه لرجل بمائة درهم مثلا فى موضع ، وأشهد شاهدين ثم أقر وأشهد فى موضع آخر شاهدين على مائة درهم ، أو أقل أو أكثر فعليه المالان إذا ادعى الطالب المالين وقالا : عليه مال واحد فإن تفاوتا فعليه أكثرهما وهذا إذا لم يبين سببا ، فإن بين السبب متحدا بأن قال فى المرتين : عن هذا العبد يلزمه مال واحد ، وإن بين سببا مختلفا بأن قال أولا ثمن هذا العبد وثانيا ثمن هذه الجارية يلزمه المالان قيد أى صاحب المجمع بتعدد الإشهاد والمشهد ، لأنه إذا اتحد أحدهما أو كلاهما يلزمه مال واحد اتفاقا ولو قال : له على ألف بل ألفان لزمه ألفان وقال زفر يلزمه ثلاثة اه .

والحاصل: أن هذه المسألة على وجوه لأنه إما أن يضيف إقراره إلى سبب أولا والأول إما أن يكون السبب متحدا أو مختلفا فإن أضاف إلى سبب واحد بأن قال له على ألف درهم ثمن هذا العبد ثم أقر بعد ذلك فى ذلك المجلس أو مجلس آخر أن لفلان علىّ ألف درهم ثمن هذا العبد والعبد واحد لا يلزمه إلا ألف واحدة على كل حال فى قولهم جميعا ، وإن كان السبب مختلفا بأن قال : لفلان على ألف درهم ثمن هذه الجارية ثم قال : لفلان على ألف درهم ثمن هذا العبد يلزمه المالان فى قولهم أقر بذلك فى موطن أو موطنين والثانى إما أن يكتب به صكا على نفسه، فإن كان الصك واحدا لزمه مال واحد ، وإن كان كتب صكين وأقر بهذا ثم بهذا لزمه المالان ونزل اختلافهما بمنزلة اختلاف السبب ، وإن لم يكتب صكا لكنه أقر مطلقا فإن تعدد الإقرار ، والأول عند غير القاضى ، والثانى عنده لزمه مال واحد ، وكذا لو كان كل عند القاضى لكن فى مجلسين فادعى الطالب مالين والمطلوب يقول : إنه واحد فالقول قول المطلوب ، وإن تعدد الإقرار عند غير القاضى ، فإن أشهد على كل إقرار فردا فالمال واحد عند الكل تعدد المجلس أو اختلف وإن أشهد على الأول واحدا ، وعلى الثانى جماعة فالمعتمد لزوم مال واحد عند الجميع ، وإن أشهد على كل إقرار شاهدين ، فقال الإمام : يلزمه مالان إن لم يتغير الشهود ، فإن تغيروا كان المال واحدا فبعض المشايخ قالوا إن كان ذلك فى موطنين ، وأشهد على إقراره شاهدين فإنه يلزمه المالان جميعا ، سواء أشهد على إقراره الثانى الأولين أو غيرهما .

قال شمس الأئمة الحلوانى: كذا ذكره الخصاف، والظاهر أن الخلاف بينهم فيما إذا كان الإقراران فى موطنين، أما إذا كان فى موطن واحد فيكون المال واحدا .

وحاصله أن الصور الوفاقية والخلافية ثمانية واحدة خلافية والباقى وفاقية ، وذلك لأنه إذا لم يبين السبب واختلف المجلس والشهود لزم مالان عنده خلافا لهما وإن اتحد المجلس وبه صك فاللازم ألف واحدة اتفاقا وإن كان لا صك فى تخريج الكرخى ألفان وفى تخريج الطحاوى ألف وإن بين السبب ، فإن كان مختلفا فألفان وإن متحدا فألف وكذا إن اتحد الشهود أو اتحد الصك ، وإن كان صكان فأشهد عليهما لزم مالان .

(أقر ثم ادعى) المقر (أنه كاذب فى الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذبا فى إقراره) عند الثانى وبه يفتى درر (وكذا) الحكم يجرى (لو ادعى وارث المقر) فيحلف (وإن كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم أنا لا نعلم أنه كان كاذبا) صدر الشريعة .

وحاصل الصور العقلية اثنتان وسبعون صورة لأنه لايخلو : إماأن لايبين السبب أو يبين سببا مختلفا أو متحدا فهى ثلاث . وفى كل : إما أن يكون فى مجلس أو فى مجلسين فهى ستة ، وفى كل : إما أن تتحد الشهود أو تختلف فهى اثنا عشر ، وفى كل : إما أن لا يكون به صك أو به صك واحد أو صكان فهى ستة وثلاثون وفى كل : إما أن يتحدا المالان أو يختلفا فهى اثنان وسبعون هذا خلاصة ماحققه المحشون فى هذا المحل فاغتنمه فإنه من فيض المنعم الأجل (قوله أقر) أى بدين أو غيره كما فى شتى الفرائض من الكنز (قوله عند الثانى) وعندهما لا يلتفت إلى قوله (قوله وبه يفتى) وهو المختار بزازية ظاهره أن المقر إذا ادعى الإقرار كاذبا يحلف المقر له ، أو وارثه على المفتى به من قول أبى يوسف مطلقا ، سواء كان مضطرا إلى الكذب فى الإقرار أولا قال شيخنا : وليس كذلك لماسيأتى من مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف : أقر بمال فى صك ، وأشهد عليه به ثم ادعى أن بعض المال المقر به قرض وبعضه ربا الخ حيث نقل الشارح عن شرح الوهبانية للشرنبلالى ما يدل على أنه إنما يفتى بقول أبى يوسف ، من أنه يحلف المقر له أن المقر ما أقر كاذبا فى كل صورة يوجد فيها اضطرار المقر إلى الكذب فى الإقرار أبو السعود . وفيه : أنه لايتعين الحمل على هذا ، لأن العبارة هناك فى هذا ونحوه فقوله ونحوه يحتمل أن يكون المراد به كل ماكان من قبيل الرجوع بعد الإقرار مطلقا ، ويدل عليه ما بعده من قوله وبه جزم المصنف فراجعه اهـ .

أقول : وقدمنا شيئا منه فى شتى القضاء وسيأتى فى شتى الإقرار (قوله درر) نصها وهو استحسان ووجهه أن العادة جرت بين الناس أنهم إذا أرادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ، ثم يأخذون المال فلا يكون الإقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف ، وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس ، وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر والمدعى لا يضره اليمين إن كان صادقا فيصار إليه وعندهما يؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له ، وهو القياس لأن الإقرار حجة ملزمة شرعا كالبينة بل أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد اهـ .

وقيده فى الفتاوى الخيرية بأنه لم يصر محكوما عليه بالإقرار . فإن صار محكوما عليه بالإقرار لايحلف كما هو صريح كلام البزازية .

قال فى المنح : كما فى كثير من المعتبرات ، وعند أبى حنيفة ومحمد لا يلتفت إلى قوله قال فى الخانية بعد ذكر الخلاف فى كتاب الإقرار ، فإذا كان فى المسئلة خلاف أبى يوسف والشافعى يفوض ذلك إلى رأى القاضى والمفتى ذكره فى كتاب الدعوى فى باب اليمين (قوله فيحلف) أى المقر له أنه لم يكن المورث كاذبا فيما أقر وبعضهم على أنه لا يحلف بزازية ، والأصح التحليف حامدية عن صدر الشريعة (قوله وإن كانت الدعوى) أى من المقر أو من وارثه (قوله أنا لا نعلم) بدل مما قبله (قوله إنه كان كاذبا) إذا لم يكن إبراء عام ، فلو كان لاتسمع لكن للعلامة ابن نجيم رسالة أفتى فيها بسماعها حاصلها : لو أقرت امرأة فى صحتها لبنتها بمبلغ معين ثم وقع بينهما إبراء عام ، ثم ماتت فادعى الوصى أنها كاذبة تسمع دعواه ، وله تحليف البنت ، ولا يصح الحكم قبل التحليف . لأنه حكم بخلاف المفتى به ، لأن الإبراء هنا لايمنع ، لأن الوصى يدعى عدم لزوم شىء بخلاف ما إذا دفع المقر المال المقر به إلى المقر له ، فإنه ليس له تحليف المقر له لأنه يدعى استرجاع المال والبراءة مانعة .

باب الاستثناء

وما فى معناه فى كونه مغيرا كالشرط ونحوه

(هو) عندنا (تكلم بالباقى بعد الثنيا

من ذلك . أما الأولى ، فإنه لم يدع استرجاع شيء وإنما يدفع عن نفسه فافترقا والله تعالى أعلم .

وفى جامع الفصولين : أقر فمات فقال ورثته إنه أقر كاذبا فلم يجز إقراره والمقر له عالم به ليس لهم تحليفه إذ وقت الإقرار لم يتعلق حقهم بمال المقر فصح الإقرار ، وحيث تعلق حقهم صار حقا للمقر له ص .

أقر ومات فقال ورثته إنهأقر تلجئة يحلف المقر له بالله لقد أقر لك إقرارا صحيحا ط .

وارث ادعى أن مورثه أقر تلجئة قال بعضهم : له تحليف المقر له ولو ادعى أنه أقر كاذبا لا يقبل ، قال فى نور العين : يقول الحقير : كان ينبغى أن يتحد حكم المسألتين ظاهرا إذ الإقرار كاذبا موجود فى التلجئة أيضا ولعل وجه الفرق هو أن التلجئة أن يظهر أحد شخصين أو كلاهما فى العلن خلاف ما تواضعا عليه فى السر ففى دعوى التلجئة يدعى الوارث على المقر له فعلا له ، وهو تواضعه مع المقر فى السر . فلذا يحلف بخلاف دعوى الإقرار كاذبا كما لا يخفى على من أوتى فهما صافيا اه من أواخر الفصل الخامس عشر والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الاستثناء

لما ذكر الإقرار بلا تغيير شرع فى بيان موجبه مع التغيير بالاستثناء والشرط ونحوه ، وهو استفعال من الثنى وهو لغة : الصرف والرد فالاستثناء صرف القائل أى رده عن المستثنى ، فيكون حقيقة فى المتصل والمنفصل لأن إلا هى التى عدت الفعل إلى الاسم حتى نصبته فكانت بمنزلة الهمزة فى التعدية ، والهمزة تعدى الفعل إلى الجنس وغير الجنس حقيقة وفاقا فكذا ما هو بمنزلتها حموى . واصطلاحا : ما ذكره الشارح وهو متصل وهو الإخراج ، والتكلم بالباقى ومنفصل وهو ما لا يصح إخراجه كما فى العناية (قوله وما فى معناه) أى مثل التعليق بمشيئة الله وكقوله لفلان على ألف درهم وديعة كما هو مقرر فى كلامهم قناك (قوله كالشرط ونحوه) أى فى كونه مغيرا كالشرط وهو الصفة والحال ، واعترض قاضى زاده على من قال : وهو الشرط بأنه يقتضى حصر ما فى معناه فى الشرط ، فلا يدخل أكثر ما فى هذا الباب فالأولى ما فى شرح تاج الشريعة والكفاية من قوله : كالشرط وغيره كما عبر الشارح ، فلا غبار على عبارة الشارح حيث قال ونحوه لأنها بيان لما فى قول المصنف ، وما فى معناه فإنه قد صرح بها بما علم التزاما من كاف التمثيل المشعر عن الكثرة كما هو المشهور بين الجمهور ، وهذا الجمع بينهما قد وقع من صاحب المفتاح فى مواضع والمراد بنحو الشرط ما ذكرنا وماسيجيء من أن إقراره بدين ثمن عبد غير عين وإنكاره قبضه وإقراره بثمن متاع وبيانه بأنه زيوف ونحوهما فظهر أن من فسر قوله وما بمعناه بقوله وهو الشرط لم يصب لأنه يوهم الحصر كما لا يخفى (قوله هو عندنا تكلم بالباقى) أى معنى لا صورة (قوله بعد الثنيا) بضم فسكون وفى آخره ألف مقصورة اسم من الاستثناء وكذلك الثنوى بالفتح مع الواو وفى الحديث «من استثنى فله ثنياه» أى ما استثناه والمراد هنا بعد الثنيا أى بعد المستثنى ، فيكون الاستثناء عندنا لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى ، وعند الشافعى إخراج بطريق المعارضة . قال فى شرح المنار لابن ملك : فصار تقدير قول الرجل لفلان على ألف إلا مائة عندنا لفلان على تسعمائة ، وإنه لم يتكلم بالألف

باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفي إثبات باعتبار الأجزاء) فالقائل له على عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطولة وهي ماذكرناه ومختصرة وهي أن يقول ابتداء له على سبعة وهذا معنى قولهم تكلم بالباقي بعد الثنيا أي بعد الاستثناء .

في حق لزوم المائة وعند الشافعي إلا مائة فإنها ليست على فإن صدر الكلام يوجبه والاستثناء ينفيه ، فتعارضا فتساقطا بقدر المستثنى اهـ .

واستشكل الزيلعي مذهب الشافعي بوقوعه في الطلاق والعتاق ، فلو كان إخراجا بطريق المعارضة لما صح لأن الطلاق والعتاق لايحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع قال : وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قال لفلان على ألف درهم إلا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لأنه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعا من الدخول شككنا في المتكلم به ، والأصل براءة الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك ، فصار نظير مالو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون ، فإنه يلزمه الأقل وعنده لما دخل الألف كله صار في المخرج شك ، فيخرج الأقل وهو خمسون والباقي على حاله انتهى لكن قول الزيلعي فعندنا يلزمه تسعمائة خلاف الأصح .

قال في البحر : وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك -كان الأقل مخرجا بحوله على ألف درهم إلا مائة أو خمسين لزمه تسعمائة وخمسون على الأصح انتهى . كذا في حاشية أبي السعود على مسكين .

أقول : لكن نقل المقدسي عن متفرقات وصايا الكافي : أن القائل بأن المستثنى خمسون العامة ، وقال محمد : إنه مائة . وذكر في الظهيرية والولوالجية أن قول محمد رواية أبي حفص ، وتلك رواية سليمان وفي الدراية صححها وصحح قاضي خان في شرح الزيادات رواية أبي حفص وقال : وهو الموافق لقواعد المذهب وسيأتي للفرع تتمة (قوله باعتبار الحاصل من مجموع التركيب) هذا كالتأكيد لما قبله ، فإن التكلم بالباقي بعد الثنيا لايتأتى إلا بالنظر لما بعد إلا وما قبلها فالمتحصل من مجموع له عشرة إلا ثلاثة له على سبعة .

قال في البحر : لاحكم فيما بعد إلا بل مسكوت عنه عند عدم القصد كمسألة الإقرار في قوله : له على عشرة إلا ثلاثة لفهم أن الغرض الإثبات فقط ، فنفي الثلاثة إشارة لاعبارة وإثبات السبعة عكسه ، وعند القصد يثبت لما بعدها نقيض ماقبلها ككلمة التوحيد نفي ، وإثبات قصدا فالاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفي وإثبات باعتبار الأجزاء اهـ فالباقي والثنيا هما عين النفي والإثبات فلو صدر بالنفي لم يكن مقرا بشيء كمالو قال : ليس له على سبعة كما في التنقيح قال فأصل هذا يفيد أن لاإله إلا الله لايفيد التوحيد مع أنهم أجمعوا على الافادة الجواب : أن إلهنا متفق على وجوبه ثم قلنا بنفي غيره ، وقد أفاده هذا التركيب وبهذا الاعتبار أفاد التوحيد (قوله باعتبار الأجزاء) أي اللفظية فصدر الجملة الاستثنائية نفي وعجزها إثبات أو بالعكس ط (قوله فالقائل له على عشرة إلا ثلاثة) أي فالمقر بسبعة بقوله له عبارتان (قوله وهذا) الظاهر أنه راجع إلى قول المصنف هو تكلم بالباقي الخ ولا حاجة إليه حينئذ أي إلى قوله : باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ط . أقول : هذا إشارة إلى ماذكره الأصوليون في الاستثناء قال في التنقيح وشرحه : واختلفوا في كيفية عمل بيان التغيير ففي قوله له على عشرة إلا ثلاثة لايخلو أما إن أطلق العشرة على السبعة فحينئذ قوله إلا ثلاثة يكون بيانا لهذا فهو كأن قال : ليس على ثلاثة منها ، فيكون كالتخصيص بالمستقل أو أطلق العشرة على عشرة أفراد ثم أخرج له ثلاثة بحكم وهذا تناقض وإن كان بعد الإقرار ولا أظنه مذهب أحد أو قبله ، ثم حكم على الباقي أو أطلق عشرة إلا ثلاثة على السبعة فكأنه قال : على سبعة فحصل ثلاثة مذاهب ، فعلى هذين أي المذهبين الآخرين يكون الاستثناء تكلما بالباقي في صدر الكلام بعد الثنيا : أي المستثنى في قوله له على عشرة إلا ثلاثة

(وشرط فيه الاتصال بالمستثنى منه) إلا لضرورة (كتنفس أو سعال أو أخذ فم) به يفتى (والنداء بينهما لا يضر) لأنه للتنبيه والتأكيد (كقوله لك على ألف درهم يا فلان إلا عشرة بخلاف لك على ألف فاشهدوا (إلا كذا ونحوه) مما يعد فاصلا لأن الإشهاد يكون بعد تمام الإقرار فلم يصح الاستثناء (فمن استثنى بعض ما أقر به صح) استثناؤه ولو الأكثر عند الأكثر (ولزمه الباقى) ولو مما لا يقسم كهذا العبد لفلان إلا ثلثه أو ثلثيه صح على المذهب .

صدر الكلام عشرة والثنيا ثلاثة ، والباقى فى صدر الكلام بعد المستثنى سبعة فكأنه تكلم بالسبعة وقال له على سبعة ، وإنما قلنا على الآخرين تكلم بالباقى بعد الثنيا أما على المذهب الأخير فلأن عشرة إلا ثلاثة موضوعة للسبعة فيكون تكلما بالسبعة ، وأما على المذهب الثانى فلأنه أخرج الثلاثة قبل الحكم من إفراد العشرة ثم حكم على السبعة فالتكلم فى حق الحكم يكون بالسبعة أى يكون الحكم على السبعة فقط لا على الثلاثة لا بالنفى ولا بالإثبات اه .

[فرع] له على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهما فطريقه أن تخرج الأخير وهو الدرهم مما يليه يبقى درهمان ، ثم تخرجهما مما بينهما وهو الخمسة يبقى ثلاثة فأخرجها من السبعة يبقى أربعة فأخرجها من العشرة يبقى ستة سائحانى (قوله وشرط فيه) أى فى اعتباره شرعا (قوله الاتصال بالمستثنى منه) لأن تمام الكلام بآخره ، وإذا انقطع فقد تم عينى ونقل عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما جواز التأخير درر قال أبو السعود فى حاشيته على مسكين عند قوله : وكذا إن كان مفصولا بطل الاستثناء خلافا لابن عباس رضى الله تعالى عنهما استدل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « والله لأغزون قريشا ثم قال بعد سنة إن شاء الله » قلنا هو مغير والمغير لا يصح إلا متصلا كالشرط ، واستثناء النبى عليه الصلاة والسلام كان لامتثال أمره تعالى بقدر الإمكان فلا يمنع الانعقاد زيلعى وقوله : لامتثال أمره تعالى يعنى قوله تعالى — ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله — (قوله لأنه للتنبيه) أى تنبيه المنادى لما يلقى إليه من الكلام (قوله ولتأكيد) بتعيين المقر له فصار من الإقرار ، لأن المنادى هو المخاطب ، ومفاده لو كان المنادى غير المقر له يضر نقله الحموى عن الجوهرة ، ولم أره فيها ، لكن قال فى غاية البيان : ولو قال لفلان على ألف درهم يا فلان إلا عشرة كان جائزا ، لأنه أخرجه مخرج الإخبار لشخص خاص ، وهذا صيغته فلا يعد فاصلا اه تأمل .

قال فى الولوالجية : لأن النداء لتنبيه المخاطب وهو محتاج إليه لتأكيد الخطاب والإقرار ، فصار من الإقرار اه .

ثم اعلم أن الملائم للإقرار لا يمنع الاتصال وغير الملائم يمنعه فمن قبيل الأول التنفس والسعال وأخذ الفم ونحوها ، فإنها لا تفصل الاستثناء ، وكذا النداء سواء كان مفردا نحو يا فلان أو مضافا نحو يا ابن فلان ، سواء كان المنادى مقرا له أو غيره نحو لك على مائة درهم يا فلان أو يا ابن فلان إلا عشرة ، ونحو قولك لزيد على مائة درهم يا عمرو إلا عشرة من قبيل الثانى مالو هلل أو سبح أو كبر أو قال فاشهدوا ، فإن كلا منها جعل فاصلا كما فى الغاية والظهيرية ، وباقى التفصيل فى تنوير تلخيص الجامع الكبير فى باب الاستثناء يكون على الجمع (قوله ولو الأكثر عند الأكثر) أى ولو أكثر من النصف عند أكثر النحاة قال الفراء : استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم به والدليل على جوازه قوله تعالى — قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه — وقوله تعالى — إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين — فاستثنى المخلصين تارة والغاوين

(و) الاستثناء (المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية) لأن استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد هو الصحيح جوهرة وهذا (إن كان) الاستثناء (بـ) عين (لفظ لصدر أو مساويه) كما يأتى (وإن بغيرهما كعبيدى أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالما وغانما وراشدا) ومثله نسائى طوالق إلا هؤلاء أو إلا زينب وعمرة وهند (وهم الكل صح) الاستثناء وكذا ثلث مالى لزيد إلا ألفا والثلث ألف صح فلا يستحق شيئا إذ الشرط إيهام البقاء لاحقيقة حتى لو طلقها ستا إلا أربعا صح

أخرى ، فأيهما كان أكثر لزمه ولا تمنع صحته ، وإن لم تتكلم به العرب إذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح لكن يدل على تكلم العرب به ، وروده فى القرآن كما سمعت النص الكريم وقال الشاعر :

أدوا التى نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكما بالعدل حكام(١)

استثنى تسعين من مائة وإن لم يكن بأداته لأنه فى معناه وقال صاحب النهاية : ولا فرق بين استثناء الأقل والأكثر ، وإن لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته إذا كان موافقا لطريقهم وعن أبى يوسف وهو قول مالك والفراء لايصح الاستثناء إلا إذا كان الباقى أكثر كما فى مسكين (قوله والاستثناء المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع) قال فى المنح : لما تقرر من أنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ، ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الإقرار باطل موصولا كان أو مفصولا كذا فى العناية وغيرها ، لكن مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع ، وليس كذلك ومن ثم قلت : ولو فيما يقبل الرجوع كوصية قال فى الجوهرة : واختلفوا فى استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع ، لأنه يبطل كل الكلام وقال بعضهم : هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح لأنهم قالوا فى الموصى إذا استثنى جميع الموصى به بطل الاستثناء والوصية صحيحة ولو كان رجوعا لبطلت الوصية لأن الرجوع فيها جائز اهـ (قوله هو الصحيح) على خلاف مافى الدرر حيث قال : لأنك قد عرفت أنه تكلم بالباقى بعد الثنيا ، ولاباقى بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع بعد الإقرار باطل موصولا كان أو مفصولا (قوله بعين لفظ الصدر) كنسائى طوالق إلا نسائى وكعبيدى أحرار إلا عبيدى (قوله أو مساويه) نحو نسائى طوالق إلا زوجاتى أو عبيدى أحرار إلا مماليكى .

قال فى المنح نقلا عن العناية معزيا إلى الزيادات : استثناء الكل من الكل إنما لايصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ . أما إذا كان بغير ذلك فيصح كما إذا قال نسائى طوالق إلا نسائى لايصح الاستثناء ولو قال : إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك أن الاستثناء إذا وقع بغير اللفظ الأول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى اللفظ الأول ، فبالنظر إلى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ماتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما إذا كان بعين ذلك اللفظ ، فإنه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا ، فإن قيل : هذا مرجح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك .

أجيب : بأن الاستثناء تصرف لفظى ألا ترى أنه إذا قال أنت طالق ست تطليقات إلا أربعا صح الاستثناء ، ووقع تطليقتان وإن كانت الست لاصحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لايزيد على الثلاث ، ومع هذا يجعل كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا أربعا فكان اعتباره أولى انتهى (قوله وإن بغيرهما) بأن يكون أخص منه فى المفهوم لكن فى الوجود يساويه (قوله إذ الشرط إيهام البقاء) أى بحسب صورة اللفظ لأن الاستثناء تصرف

---

(١) (قوله حكام) هكذا بالأصل وصوابه حكاما إلاأن يكون لضرورة القافية وليحرر اهـ مصححه .

ووقع ثنتان (كما صح استثناء الكيلي والوزني والمعدود الذى لا تتفات آحاده كالفلوس والجوز من الدراهم والدنانير ويكون المستثنى القيمة) استحسانا لثبوتها فىالذمة فكانت كالثمنين .

(وإن استغرقت) القيمة (جميع ما أقر به) لاستغراقه بغير المساوى (بخلاف) له على (دينار إلا مائة درهم لاستغراقه بالمساوى) فيبطل لأنه استثنى الكل بحر .

لكن فى الجوهرة وغيرها : علىّ مائة درهم إلا عشرة دنانير وقيمتها مائة أو أكثر لا يلزمه شىء

لفظى فلا يضر إهمال المعنى أفاده المصنف (قوله ووقع ثنتان) وإن كان الستة لاصحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لايزيد على الثلاث ومع هذا لايجعل كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا أربعا فكان اعتبار اللفظ أولى كما فى العناية وهذا مبنى على أن الاستثناء من جملة الكلام السابق ، لا من جملة الكلام الذى يحكم بصحته ، فإن الكلام السابق ست والأربع بعضه ، فلم يكن مستغرقا ولو جعلناه استثناء من الكلام الذى يحكم بصحته لكان مستغرقا فيبطل الكلام الذى يحكم بصحته ، لو طلقها ستا فثلاث لأنه غاية الطلاق والأربع تزيد عليها . والشارح جعله غاية لكونه شرط الاستثناء ، أن يكون بلفظ الصدر أو مساويه ، والأربعة ليست بلفظ الست ولا مساوية لها بل بعضها فصح استثناؤه ، لأن الثنتين لها عبارتان كما ذكره الشارح ، والست إلا أربع هى العبارة المطولة فاشتراط كون الاستثناء من جملة الكلام السابق مبنى على هذا (قوله كما صح استثناء الكيلى) فصله عما قبله لأنه بيان للاستثناء من خلاف الجنس ، فإن مقدرا من مقدر صح عندهما استحسانا وتطرح قيمة المستثنى مما أقر به وفى القياس لايصح ، وهو قول محمد وزفر وإن غير مقدر من مقدر لايصح عندنا قياسا واستحسانا . خلافا للشافعى نحو مائة درهم إلا ثوبا لكن حيث لم يصح هنا الاستثناء يجبر على البيان ، ولايمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لاتمنع صحة الإقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء ذكره فى الشرنبلالية عن قاضى زاده .

قال العينى : وخرج بما ذكر القيمى كما إذا قال له على مائة درهم إلا ثوبا وقال الشافعى يصح من حيث أنهما متحدا المالية وبه قال مالك (قوله ويكون المستثنى القيمة) مثاله أن يقول له علىعشرة قروش إلا أردب قمح يصح ذلك ، ويكون بالقيمة وإن استغرقت القيمة المستثنى منه يصح كما فىالبحر (قوله استحسانا) والقياس أن لايصح هذا الاستثناء كما تقدم لأن الاستثناء إخراج بعض مايتناوله صدر الكلام علىمعنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر ، وهذا لايتصور فى خلاف الجنس ، لكن أبا حنيفة وأبا يوسف صححاه استحسانا كما فى الدرر (قوله لثبوتها) أى هذه المذكورات فى الذمة ، لأنها مقدرات وهى جنس واحد معنى وإن كانت أجناسا صورة ، لأنها تثبت فى الذمة ثمنا أما الدينار والدرهم إذا استثنيا فظاهر ، وكذا غيرهما من المكيلات والموزونات لأن الكيلى والوزنى مبيع بأعيانهما ثمن بأوصافهما ، حتى لو عينا تعلق العقد بأعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم التمييز ، فكانت فى حكم الثبوت فى الذمة كجنس واحـــد معنى فالاستثناء فيها تكلم بالباقى معنى لا صورة ، كأنه قال : ثبت لك فى ذمتى كذا إلا كذا أى إلا قيمة كذا ، ولو استثنى غير المقدرات من المقدرات لايصح قياسا واستحسانا كما قدمناه لأن ماليته غير معلومة لكونه متفاوتا فى نفسه ، فيكون استثناء للمجهول من المعلوم فيفسد ، فلا ينافى مايأتى ولأن الثوب لايجانس الدراهم لاصورة ولا وجوبا فى الذمة وتمامه فى الإتقانى (قوله فكانت كالثمنين) لأنها بأوصافها أثمان حتى لو عينها تعلق العقد بعينها ولو وصفت ولم تعين صار حكمها كحكم الدينار كفاية (قوله لاستغراقه بغير المساوى) أى وهو يوهم البقاء وإيهام البقاء كاف (قوله لكن فى الجوهرة) ومثله فى الينابيع ، ونقله قاضى زاده عن الذخيرة كما فى الشرنبلالية

فيحرر (وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجا نحو له على ألف درهم إلا مائة) درهم (أوخمسين) درهما فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح بحر (وإذا كان المستثنى مجهولا

وفيها قال الشيخ على المقدسى رحمه الله تعالى ، او استثنى دنانير من دراهم أو مكيلا أو موزونا على وجه يستوعب المستثنى كقوله : له على عشرة دراهم إلا دينارا وقيمته أكثر وإلا كر بر كذلك إن مشينا على أن استثناء الكل بغير لفظه صحيح ، ينبغى أن يبطل الإقرار .

لكن ذكر فى البزازية مايدل على خلافه قال : على دينار إلا مائة درهم بطل الاستثناء ، لأنه أكثر من الصدر مافى هذا الكيس من الدراهم لفلان إلا ألفا ينظر إن فيه أكثر من ألف فالزيادة للمقر له والألف للمقر ، وإن ألف أو أقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء . قلت : ووجهه ظاهر بالتأمل اه .

قلت : فكان ينبغى للمصنف أن يمشى على مافى الجوهرة حيث قال فيما قبله . وإن استغرقت تأمل .

قال العلامة أبو السعود قلت : ولا شك أن مافى الجوهرة أوجه لما سبق من أن بطلان الاستثناء المستغرق مقيد بما إذا كان بلفظه أو بمرادفه .

واعلم أن المصنف تبع قاضيخان فى تفريعه على هذه المسألة أعنى صحة استثناء الكيلى والوزنى ونحوهما من المقدرات التى تثبت فى الذمة من الدراهم والدنانير فقال او قال له دينار إلا درهما أو إلا قفيزا أو إلا مائة جوزة صح ، ويطرح من المقدم قدر قيمة المستثنى ، فإن كانت قيمته تأتى على جميع ما أقربه لايلزمه شىء وإن لم يكن المستثنى من جنس ماأقربه وليس له جنس من مثله كقوله : دينار إلا ثوبا أو شاة لم يصح الاستثناء ، وإن كان من جنسه صح الاستثناء فى قولهم إلا أن يستثنى جميع ماتكلم به فلا يصح الاستثناء اه وآخره يخالف أوله كذا بخط السيد الحموى عن الرمز .

وأقول : يمكن الجواب بحمل ماذكره قاضيخان آخرا على ماإذا كان الاستثناء بمرادفه كقوله : له على ألف دينار إلا خمسمائة وخمسمائة فلا يخالف ماذكره أولا لأن الاستغراق فيه من حيث القيمة فتدبر (قوله فيحرر) الظاهر أن فى المسألة روايتين مبنيتين على أن الدراهم والدنانير جنس واحد أو جنسان ح .

وتوضيحه : أنهم جعلوا الدراهم والدنانير نوعا واحدا فى بعض المسائل نظرا لأن المقصود منها الثمنية وفى بعض المسائل جعلوها نوعين باعتبار الصورة كما بينه الشارح فى غير هذا المحل ، فصاحب البحر جعلها فى مسألة الاستثناء مما هى معتبرة فيه نوعا واحدا فكان استثناء المائة درهم من الدينار استثناء بالمساوى لأنها تبلغ قيمة الدينار أو تزيد عليه ، وصاحب الجوهرة نظر إلى أنهما نوعان فى نفس الأمر كما اعتبروها كذلك فى بعض المسائل ، فلذلك كان استثناء العشرة الدنانير من المائة الدرهم ، وهى تبلغها قيمة أو تزيد استثناء صحيحا فإنه ليس بلفظ الأول ولا مساوية لأنهما نوعان إذ الشرط إيهام البقاء لاحقيقة كما ذكره الشارح ، والإيهام موجود هنا ويؤيده مسألة استثناء المكيل والموزون والمعدود .

والحاصل : أن الاستثناء المستغرق إن كان بلفظ الصدر فباطل وإن لم يكن بلفظ الصدر ولا مساويا له كاستثناء كر بر من الدراهم صحيح لما تقدم أن الشرط إيهام البقاء لاحقيقته وإن كان بغير لفظ الصدر لكن بمساويه كاستثناء الدراهم من الدنانير أو العكس فوقع فيه اختلاف إذا كان مستغرقا فى البحر عن البزازية يقتضى بطلانه ومافى الجوهرة والينابيع والذخيرة يخالفه (قوله على الأصح) لأن الألف متيقنة الثبوت والخمسون متحققة الخروج وتمام المائة مشكوك فى خروجها والمتيقن ثبوته لايبطل فى المشكوك بخروجه ، وهو تمام المائة بل بالمتيقن خروجه

ثبت الأكثر نحو له عليّ مائة درهم إلا شيئا أو) إلا (قليلا أو) إلا (بعضا لزمه أحد وخمسون) لوقوع الشك في المخرج فيحكم بخروج الأقل .

(ولو وصل إقراره بإن شاء الله تعالى) أو فلان أو علقه بشرط على خطر لا بكإن

وهو خمسون لكن فيه مخالفة لما مهده أولا من أن الاستثناء تكلم بالباقي عندنا ، وإنما يناسب مانقلناه عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه إخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وقدمنا أن ثمرة الخلاف إنما تظهر في مثل هذا التركيب فعندنا يلزمه تسعمائة وخمسون على هذه الرواية : وهي رواية أبي سليمان وفي رواية تسعمائة : وهي رواية أبي حفص وهي الموافقة لقواعد المذهب ، لأنه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعا من الدخول شككنا في المتكلم به ، والأصل فراغ الذمة فلا يلزمه الزائد بالشك وعليه فكان الأولى التفريع على قاعدة المذهب ، ثم يذكر هذا على أنه قول آخر تأمل (قوله ثبت الأكثر) أي أكثر المقر به (قوله إلا شيئا) لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الأقل اه شلبي (قوله فيحكم بخروج الأقل) وهو مادون النصف لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم ، لأن أدنى ماتتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم (قوله ولو وصل إقراره بإن شاء الله) ولو من غير قصد كما في غاية البيان نقلا عن الواقعات الحسامية ، وقيد بالوصل لأنه لو كان مفصولا لايؤثر خلافا لابن عباس كما سبق إلا إذا كان عدم الوصل لعذر من الأعذار التي تقدمت قال العيني : ولو قال لامرأته أنت طالق فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد ، وكان قصده إيقاع الطلاق لايقع ، لأن الاستثناء موجود حقيقة ، والكلام مع الاستثناء لايكون إيقاعا ومثل تعليقه بمشيئة الله تعليق إقراره بمشيئة من لاتعلم مشيئته كالجن والملائكة حموي عن المختار . وإنما بطل الإقرار في هذه لأن التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لايوقف عليه عند أبي يوسف درر ، وثمرة الخلاف فيما إذا قدم المشيئة فقال : إن شاء الله أنت طالق فعند من قال إنه إبطال لايقع الطلاق وعند من قال إنه تعليق يقع لأنه إذا قدم الشرط ، ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق ، وبقي الطلاق من غير شرط ، فيقع كفاية واختار قول محمد صاحب الكفاية ، وغاية البيان وصاحب العناية ، وكذا تظهر أيضا ثمرة الخلاف فيما إذا قال لامرأته : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق إن شاء الله تعالى يحنث عند أبي يوسف لأنه يمين عنده وعند محمد لايكون يمينا فلايحنث عيني .

[تنبيه] ماسبق من أن التعليق بمشيئة الله إبطال عند محمد وتعليق بشرط لايوقف عليه عند أبي يوسف يشكل بما نقلناه مما يقتضي كون الخلاف بين الصاحبين على عكس ماذكر في الدرر ، وجوابه أن النقل عنهما قد اختلف ففي الشرنبلالية بعد أن ذكر مانقلناه من الخلاف قال : وقيل الخلاف على العكس واختاره بعض شراح الهداية ، وأيضا فإن ماذكرنا من أنه عند أبي يوسف تعليق بشرط لايوقف عليه أحد وجهين والوجه الثاني هو أن الإقرار لايحتمل التعليق بالشرط كما في الشرنبلالية عن قاضي زاده (قوله أو فلان) فيبطل ولو قال فلان : شئت لأنه علق وما نجز واللزوم حكم التنجيز لاالتعليق ، ولأن مشيئة فلان لاتوجب الملك شلبي .

أقول : وينظر مع ماقدمنا في تعليق الطلاق بمشيئة العبد فشاء في مجلسه صح ، ووقع الطلاق شرنبلالية وجوابه أن الإقرار إخبار فلا يصح تعليقه والطلاق إنشاء لاإسقاط فصح تعليقه واقتصرت مشيئته على المجلس نظرا لمعنى التمليك أبو السعود (قوله أو علقه بشرط على خطر) كقوله لفلان علي ألف درهم إن شاء فلان ، وكذا كل إقرار علق بالشرط نحو قوله إن دخلت الدار وإن أمطرت السماء أو هبت الريح أو إن قضي الله تعالى

كإن مت فإنه ينجز (بطل إقراره) بقى لو ادعى المشيئة هل يصدق لم أره وقدمنا فى الطلاق أن المعتمد لا فليكن الإقرار كذلك لتعلق حق العبد قاله المصنف .

أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو دبره كما فى العينى ، ومنه إن حلفت فلك ماادعيت فلو حلف لايلزمه ، ولو دفع بناء على أنه يلزمه فله أن يسترد المدفوع كما فى البحر فى فصل صلح الورثة بقوله : ولو قال المدعى عليه إن حلفت أنها لك دفعتها فحلف المدعى ، ودفع المدعى عليه الدراهم إن كان دفع له بحكم الشرط فهو باطل وللدافع أن يسترد اه وقيد فى البحر التعليق على خطر بأن لم يتضمن دعوى الأجل قال وإن تضمن مثل إذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه للحال ويستحلف المقر له فى الأجل اه تأمل وفى البحر أيضا ، ومن التعليق المبطل له ألف إلا أن يبدو لى غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم ، وكذا اشهدوا أن له على كذا فيما أعلم انتهى أو قال : على ألف فى شهادة فلان أو علمه ، لأنه فى معنى الشرط بخلاف مالو قال ذلك بالباء لأنها للإلصاق ولو قال : وجدت فى كتابى أى دفترى أنه على كذا فهو باطل وقال جماعة من أئمة بلخ : أنه يلزمه لأنه لايكتب فى دفتره إلا ماعليه الناس صيانة عن النسيان ، وللبناء على العادة الظاهرة فعلى هذا لو قال البياع : وجدت فى يادكارى بخطى أو كتبت فى يادكارى بيدى أن لفلان على ألف درهم كان إقرارا ملزما وفى الولوالجية ولو قال فى ذكرى أو بكتابى لزمه اه حموى وقد تقدم ذلك مبسوطا ، وأن موضوع الكلام فيما عليه لافيما له وتصوير الإقرار بما عليه فى كتابه هو ماذكرها قال الحموى : ولا يفرق بين قوله فى كتابى أو فى كتاب فلان نقله عن الولوالجية قال العلامة المقدسى فى الرمز : وأنت خبير بأن كتاب فلان غير مأمون عليه من التغيير بخلاف كتاب المقر اه قال ط : وهذا يفيد أنه لايعمل بإقراره بما عليه إلا إذا كان بكتابته ، وأنه لايعمل بكتابته ماله على الناس لأنه إثبات حق على غيره بمجرد كتاب المدعى ، ولا نظير له فى الشريعة فالإفتاء بلزومه بمجرد ذلك ضلال مبين (قوله كأن مت فإنه ينجز) المعلق بكائن لأنه ليس تعليقا حقيقة بل مراده به أن يشهدهم ابتبرأ ذمته بعد موته إن جحد الورثة فهو عليه مات أو عاش فرجعه إلى تأكيد الإقرار كما فى الحموى . والزيلعى وغيرهما ؛ والشارح تبع فيه المصنف وهو تبع صاحب البحر .

قال ط : ومنه يعلم أن قوله فى البحر وإن بشرط كائن فتنجيز كعلى ألف درهم إن مت لزمه قبل الموت منظور فيه ولقائل أن يقول : إن قوله إن مت فى عبارة الشرح يحتمل رجوعه إلى الإقرار لا إلى الشهادة ، وأجيب بأن تصرف العاقل يصان عن الإلغاء ماأمكن ، وذلك بجعله شرطا للشهادة فلو قال المقر : أردت تعليق الإقرار ورضى بإلغاء كلامه . قلنا : تعلق حق المقر له يمنع ذلك كما فى الرمز اه مختصرا .

قال ط : بقى لو كان الكلام من أول الأمر بصورة صاحب البحر والظاهر اللزوم حالا كما قال لتعلق حق المقر ، ولا يجعل وصية وقد استفيد هذا من قوله : فلو قال المقر أردت الخ اه لكن قدم فى متفرقات البيع أنه يكون وصية • والحاصل أن التعليق على ثلاثة أقسام : إما أن يصل إقراره بإن شاء الله ، فإنه باطل عند محمد ، وتعليق عند أبى يوسف ، وإما أن يصله بإن شاء فلان ونحوه مما هو تعليق على خطر فهو تعليق اتفاقا والإقرار لايصح تعليقه بالشرط ، وإما أن يعلقه بكائن لامحالة فهو تنجيز فلا يبطل الإقرار ، وكذا إذا قال إذا جاء رأس الشهر أو أفطر الناس أو إلى الفطر أو إلى الضحى ، لأن هذا ليس بتعليق وإنما هو دعوى الأجل إلى الوقت المذكور فيقبل إقراره ودعواه الأجل لاتقبل إلا ببينة أو إقرار الطالب (قوله بقى لو ادعى المشيئة) أى ادعى أنه قال : إن شاء الله تعالى (قوله قاله المصنف) وعبارته ويقبل قوله إن ادعاه وأنكره فى ظاهر المروى عن صاحب المذهب وقيل : لايقبل إلا ببينة على الاعتماد لغلبة الفساد خانية ، وقيل : إن عرف بالصلاح فالقول له قال الرملى فى حواشيه ؛

(وصح استثناء البيت من الدار لا استثناء البناء) منهما لدخوله تبعا فكان وصفا واستثناء الوصف لايجوز (وإن قال بناؤها لى وعرصتها لك فكما قال) لأن العرصة هى البقعة لا البناء حتى لو قال وأرضها لك كان له البناء أيضا لدخوله تبعا إلا إذا قال بناؤها لزيد والأرض لعمرو فكما قال .

أقول : الفقه يقتضى أنه إذا ثبت إقراره بالبينة لايصدق إلا ببينة أما إذا قال : ابتداء أقررت له بكذا مستثنيا فى إقرارى يقبل قوله بلا بينة كأنه قال له عندى كذا إن شاء الله تعالى بخلاف الأول لأنه يريد إبطاله بعد تقرره تأمل اه (قوله وصح استثناء البيت من الدار) لأنه جزء من أجزائها فيصح استثناء الجزء من الكل كالثلث أو الربع بدائع ولو قال هذه النخل بأصولها لفلان ، والتمر لى كان الكل للمقر له ولا يصدق المقر إلا بحجة كما فى الخانية (قوله منهما) أى من الدار والبيت (قوله لدخوله تبعا) أى لدخول البناء معنى وتبعا لا لفظا والاستثناء تصرف فى الملفوظ ، وذلك لأن الدار اسم لما أدير عليه البناء من البقعة وبحث منلا خسرو بأنه لاينكر أن البناء جزء من الدار لا يرد المنصوص ، ولهذا لو استحق البناء فى البيع قبل القبض لايسقط شىء من الثمن بمقابلته ، بل يتخير المشترى بخلاف البيت تسقط حصته من الثمن أو حاصله . (قوله واستثناء الوصف لايجوز) كقوله له هذا العبد إلا سواده (قوله وإن قال بناؤها لى وعرصتها لك فكما قال) وكذا لو قال : بياض هذه الأرض لفلان وبناؤها لى (قوله هى البقعة) فقصر الحكم عليها يمنع دخول الوصف تبعا (قوله حتى لو قال وأرضها لك كان له البناء أيضا) .

أقول : هذا مخالف للعرف الآن ، فإن العرف أن الأرض بمعنى العرصة ، وعليه فينبغى أن لايكون البناء تابعا للأرض تأمل (قوله إلا إذا قال بناؤها لزيد والأرض لعمرو فكما قال) لأنه لما أقر بالبناء لزيد صار ملكه ، فلا يخرج عن ملكه بإقراره لعمرو بالأرض ، إذ لايصدق قوله فى حق غيره بخلاف المسألة الأولى . لأن البناء مملوك له ، فإذا أقر بالأرض لغيره يتبعها البناء ، لأن إقراره مقبول فى حق نفسه .

وحاصله : أن الدار والأرض اسم لما وضع عليه البناء لا إسم للأرض والبناء ، لكن البناء يدخل تبعا فى بيعه والإقرار به والعرصة اسم للأرض خالية عن البناء ، فلا يدخل فيها البناء لا أصلا ولا تبعا . والأصل : أن الدعوى لنفسه لا تمنع الإقرار لغيره والإقرار لغيره يمنع الإقرار لشخص آخر إذا علم هذا فإذا أقر بالدار لشخص فقد أقر بالأرض التى أدير عليها البناء ، ولفظ الدار لا يشمل البناء ، لكنه يدخل تبعا ، فكان بمنزلة الوصف . والاستثناء أمر لفظى لايعمل إلا فيما يتناوله اللفظ ، فلا يصح استثناؤه للبناء ، لأنه لم يتناوله لفظ الدار ، بل إنما دخل تبعا ، وهذا معنى قوله ، واستثناء الوصف لايجوز بخلاف البيت ، فإنه اسم لجزء من الدار مشتمل على أرض ، وبناء فصح استثناؤه باعتبار ما فيه من الأصل ، وهو الأرض ، فكان متناوله لفظ الدار . والاستثناء : إخراج لما تناوله لفظ المستثنى منه ، ولايضركون البناء جزءا من مسمى البيت مع أنه وصف من الدار ، لأنه لم يستثن الوصف منفردا بل قائما بالأصل الذى هو الأرض .

وتخريج جنس هذه المسائل على أصلين . أحدهما : أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار والدعوى بعد الإقرار لبعض ما دخل تحت الإقرار لا تصح . والثانى : أن إقرار الإنسان على نفسه جائز وعلى غيره لايجوز إذا عرفنا هذا فنقول(١) إذا قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان كان البناء والأرض للمقر له ، لأنه لما قال بناء هذه الدار لى فقد ادعى لنفسه ، فلما قال وأرضها لفلان فقد جعل مقرا بالبناء للمقر له تبعا للإقرار

---

(١) تفريع على الشق الأول من الأصل الأول اه منه .

بالأرض ، لأن البناء تبع للأرض إلا أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار(١) وإن قال : أرضها لى وبناؤها لفلان كانت الأرض له وبناؤها لفلان لأنه لما قال أولا : أرضها لى فقد ادعى الأرض لنفسه ، وادعى البناء أيضا لنفسه تبعا للأرض ، فإذا قال بعد ذلك : وبناؤها لفلان فقد أقر لفلان بالبناء بعد ما ادعاه لنفسه ، والإقرار بعد الدعوى صحيح فيكون لفلان البناء دون الأرض ، لأن الأرض ليس بتابع للبناء(٢) وإن قال : أرضها لفلان وبناؤها لى كانت الأرض والبناء للمقر له بالأرض ، لأنه لما قال أولا : أرضها لفلان فقد جعل مقرا لفلان وبناؤها لى(٣) كان الأرض للمقر له بالأرض ، لأنه لما قال أولا : أرضها لفلان فقد جعل مقرا بالبناء فلما قال : بناؤها لى فقد ادعى لنفسه بعد ما أقر لغيره والدعوى بعد الإقرار لبعض ما تناوله الإقرار لا يصح(٤) وإن قال : أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر كان الأرض والبناء للمقر له الأول لأنه جعل مقرا للمقر له الأول بالبناء ، فإذا قال بناؤها لفلان جعل مقرا على الأول لا على نفسه ، وقد ذكرنا أن إقرار المقر على نفسه جائز وعلى غيره لا يجوز(٥) وإن قال : بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر كان كما قال لأنه لما أقر بالبناء أولا صح إقراره للمقر له لأنه إقرار على نفسه ، فإذا أقر بعد ذلك بالأرض لغيره فقد أقر بالبناء لذلك الغير تبعا للإقرار بالأرض ، فيكون مقرا على غيره وهو المقر له الأول وإذا أقر الإنسان على غيره لا يصح لما علمت من الأصل الثانى من أن إقرار الإنسان على غيره لا يجوز .

أقول : لكن نقض بما لو أقر مستأجر بدين فيسرى على المستأجر ، ويفسخ به عند الإمام : ولو أقرت زوجته بدين تحبس به ويمنع منها كما فى المقدسى (قوله واستثناء فص الخاتم) أى بأن قال هذا الخاتم لفلان إلا فصه وفى الذخيرة عن المنتقى إذا قال : هذا الخاتم لى إلا فصه فإنه لك أو قال هذه المنطقة لى إلا حليتها فإنها لك أو قال هذا السيف لى إلا حليته أو قال إلا حمائله فإنها لك أو قال هذه الجبة لى إلا بطانتها فإنها لك والمقر له يقول هذه الجبة لى فالقول قول المقر ، فبعد ذلك ينظر إن لم يكن فى نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع للمقر له ، وإن كان فى النزع ضرر وأحب المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به فله ذلك . وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى اهـ ولو قال : الحلقة له والفص لى ، يصح ذكره صدر الشريعة (قوله ونخلة البستان) ومثله نخلة الأرض إلا أن يستثنيها بأصولها لأن أصولها دخلت فى الإقرار قصدا لا تبعا .

وفى الخانية بعد ذكر الفص والنخلة وحلية السيف قال : لا يصح الاستثناء وإن كان موصولا إلا أن يقيم المدعى البينة على ما ادعاه .

لكن فى الذخيرة لو أقر بأرض أو دار لرجل دخل البناء والأشجار ، حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم تقبل بينته اهـ إلا أن يحمل على كونه مفصولا لا موصولا كما أشار لذلك فى الخانية سائحانى .

---

(١) تفريع على الشق الأول من الأصل الأول أيضا اهـ منه .
(٢) تفريع على الشق الثانى من الأصل الأول اهـ منه
(٣) (قوله وبناؤها الخ) كان الظاهر أن يقول ولما قال ثانيا وبناؤها الخ ليوافق سابقه اهـ مصححه .
(٤) تفريع على الأصل الثانى اهـ منه .
(٥) تفريع على الأصل الثانى اهـ منه .

وطوق الجارية كالبناء) فيما مر (وإن قال) مكلف (له علىّ ألف من ثمن عبد ما قبضته) الجملة صفة عبد وقوله (موصولا) بإقراره حال منها ذكره فى الحاوى فليحفظ (وعينه) أى عين العبد وهو فى يد المقر له (فإن سلمه إلى المقر لزمه الألف وإلا لا) عملا بالصفة (وإن لم يعين) العبد (لزمه) الألف (مطلقا) وصل أم فصل وقوله ما قبضته لغو لأنه رجوع

وفى الخانية : لو قال هذا البستان لفلان إلا النخلة بغير أصولها فإنها لى لايصح الاستثناء: بخلاف إلا نخلها بأصولها ، وكذلك هذه الجبة لفلان إلا بطانتها لأن البطانة تدخل فى البيع تبعا فكانت كالبناء ، ثم قال : وهو محمول على جبة بطانتها فى النفاسة دون الظهارة قال فى الرمز : وما نقل عن السير الكبير أن الإمام لو قال : من أصاب جبة خز فهى له فله الظهارة دون البطانة حمل على جبة بطانتها كظهارتها نفاسة ، فلا تتبعها فهى كجبتين ، وما هنا على مادون البطانة حتى لو استويا صح الاستثناء اهـ .

أقول : ومثل نخلة البستان نخلة الأرض ، لأن الشجر يدخل فى البستان والأرض تبعا فلا يصح استثناء بخلاف نخلة عرصة البستان ، لأن العرصة لا تتناول الشجرة كما لا تتناول البناء لا أصلا ولا تبعا إلا أن يستثنيها بأصولها كما ذكرنا (قوله وطوق الجارية) استشكل بأنهم نصوا أنه لا يدخل معها تبعا إلا المعتاد للمهنة لا غير كالطوق إلا أن يحمل على أنه لا قيمة له كثيرة كطوق حديد أو نحاس وفيه نظر ط عن الحموى .

أقول : ذلك فى البيع لأنها وما عليها للبائع أما هنا فإنه لما أقر بها ظهر أنها للمقر له والظاهر منه أن ما عليها لمالكها فيتبعها ولو جليلا تأمل (قوله فيما مر) أى من أنه لا يصح (قوله قال مكلف له علىّ ألف من ثمن عبد ما قبضته) قيد بقوله علىّ لأنه لو قال ابتداء ، اشتريت منه مبيعا إلا أنى لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع بعته هذا ، ولم أقبض الثمن والمبيع فى يد البائع ، لأنه منكر قبض المبيع أو الثمن والقول للمنكر ، بخلاف ما هنا لأن قوله ما قبضته بعد قوله له على كذا رجوع ، فلا يصح أفاده الرملى (قوله حال منها) أى حال كون قوله ما قبضته موصولا بالكلام الأول فلو لم يصله لم يصدق أفاده المصنف والذى يظهر أنه حال من الضمير فى قال أى قال حال كونه واصلا (قوله فإن سلمه) لعلهم أرادوا بالتسليم هنا الإحضار أو يخص هذا من قولهم يلزم المشترى تسليم الثمن أولا ، لأنه ليس ببيع صريح مقدسى ملخصا (قوله عملا بالصفة) قال فى المنح : وإن لم يوجد ما ذكر من القيد ، وهو التسليم لا يلزمه لأنه أقر له بالألف على صفة فيلزمه الصفة التى أقر بها وإذا لم توجد لا يلزمه اهـ وصل أو فصل هذا مذهب الإمام وقالا : إن وصل صدق فلا يلزمه وإن فصل لا يصدق (قوله وإن لم يعين العبد لزمه الألف مطلقا وصل أم فصل) كأنه بيان لوجه الإطلاق ، ويحتمل أنه أراد بالإطلاق سواء كذبه المقر له أو صدقه بدليل ما يأتى حيث قيدها بقوله وإن كذبه المقر له ، وهو أولى لأنه حينئذ يتجه فصلها لكنه يبعد أن يلزمه ذلك مع اعتراف كل منهما أنه حرام أو ربا تأمل (قوله لأنه رجوع) أى عما أقر به وذلك لأن الصدر موجب وإنكار قبض مبيع غير معين ينافيه ، ولأنه لو ادعى تأخير الثمن شهرا لم يقبل ، فكيف دهرا إذ ما من عبد يأتى به البائع إلا يأتى للمشترى منع كونه المبيع بخلاف المعين ، وما ذكره المصنف أحد وجوه أربعة فى المسألة .

والثانى : أن يقول المقر له : العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبدا آخر وسلمته إليك ، والحكم فيه كالأول لأنهما اتفقا على ما أقربه من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به غير أنهما اختلفا فى سبب الاستحقاق ، ولايبالى باختلافهما ، ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم ، فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له : هى قرض فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق .

(كقوله من ثمن خمر أوخنزير أو مال قمار أو حر أو ميتة أو دم) فيلزمه مطلقا (وإن وصل) لأنه رجوع (إلا إذا صدقه أو أقام بينة) فلا يلزمه (ولو قال له على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة مطلقا) وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره (ولوقال على زورا أو باطلا لزمه إن كذبه المقر له وإلا) بأن صدقه (لا) يلزمه .

(والإقرار بالبيع تلجئة) هى أن يلجئك إلى أن تأتى أمرا باطنه على خلاف ظاهر فإنه (على هذا التفصيل) إن كذبه لزم البيع وإلا لا (ولو قال له على ألف درهم زيوف) ولم يذكر السبب (فهى كما قال على الأصح) بحر (ولو قال له على ألف) من ثمن متاع أو قرض وهى زيوف مثلا لم يصدق مطلقا لأنه رجوع ولو قال (من غصب أو وديعة إلا أنها زيوف أو نبهرجة

والثالث : أن يقول العبد عبدى مابعسكه وحكمه أن لايلزم المقر شيء لما ذكر أنه أقر له على صفة وهى سلامة العبد ، فلا يلزمه بدونها .

والرابع : أن يقول المقر له لم أبعك هذا العبد وإنما بعتك عبدا آخر فحكمه أن يتحالفا لأنهما اختلفا فى المبيع إذ كل منهما مدع ومنكر فإذا حلفا انتفى دعوى كل عن صاحبه ، فلا يقضى عليه بشيء والعبد سالم فى يده اهـ وتمامه فى الزيلعى والدرر موضحا (قوله كقوله من ثمن خمر الخ) تشبيه للمسألة السابقة حكما وخلافا (قوله أو مال قمار) الأنسب تأخيره عما بعده ليسلط لفظ الثمن على الحر والميتة والدم وهو معطوف على ثمن (قوله فيلزمه مطلقا) عنده وعندهما إن وصل صدق ، وإن فصل لا كما فى المسألة الأولى (قوله إلا إذا صدقه) أى المقر له (قوله أوأقام عليه) أى المقر واعتمد المصنف فى تعيين مرجع الضميرين المقام والظهور (قوله لاحتمال حله عند غيره) أى فى مذهب غيره كما إذا باع ما اشتراه قبل قبضه من بائعه بثمن أقل مما اشترى به فالزيادة هذه عندنا حرام أو ربا وعند الشافعى يجوز هذا البيع ، وليس زيادة أحد الثمنين حراما ولا ربا وظاهر هذا التعليل أنهما إذا اتفقا على ذلك لايلزم المقر شيء ط (قوله ولو قال على زورا أو باطلا) أى هو على حال كونه زورا أو باطلا ، أو من جهة ذلك فهما منصوبان على الحال أو التمييز (قوله لزمه إن كذبه) أى فى كونه زورا أو باطلا (قوله هى أن يلجئك الخ) قال الشارح فى التذنيب آخر الصرف هو أن يظهرا عقدا وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو وهو ليس ببيع فى الحقيقة ، بل كالهزل انتهى (قوله إن كذبه) أى المشترى البائع (قوله وإلا لا) قال فى البدائع كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر إنى أقر لك فى العلانية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره ، حتى لا يملكه المقر له (قوله زيوف) جمع زيف وصف بالمصدر ثم جمع على معنى الاسمية ، يقال : زافت الدراهم تزيف زيفا ردأت والمراد به ما يرده بيت المال ويقبله التجار والنبهرجة دون الزيوف ، فإنها مما يردها التجار والستوقة أردأ من النبهرجة وتقدم آخر البيوع وقدمناه فى شتى القضاء (قوله ولم يذكر السبب) كثمن مبيع أوغصب أو وديعة (قوله على الأصح) أى إجماعا وقيل على الخلاف الآتى (قوله وهى زيوف مثلا) أى أو نبهرجة (قوله لم يصدق مطلقا) أى عنده وقالا يصدق إن وصل : أى فى قوله زيوف أو نبهرجة بل يلزمه الجياد لأن العقد يقتضيها .

فدعوى الزيف رجوع عما أقر به بخلاف ما إذا قال : إلا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولا لا مفصولا ، لأنه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل ولو قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه إلا أنها رديئة يقبل موصولا ومفصولا لأن الرداءة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بخلاف الجودة زيلعى . وقوله مطلقا أى وصل أم فصل وقال زفر يبطل إقراره إذا قال المقر له هى جياد

صدق مطلقا) وصل أم فصل (وإن قال ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لأنها دراهم مجازا (وصدق) بيمينه (فى غصبته) أو أودعنى (ثوبا إذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (فى له على ألف) ولو من ثمن متاع مثلا (إلا أنه ينقص كذا) أى الدراهم وزن خمسة لا وزن سبعة (متصلاوإن فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولوقال) لآخر (أخذت منك ألفا وديعة فهلكت) فى يدى بلا تعد (وقال الآخر بل) أخذتها منى (غصبا ضمن) المقرلإقرارهبالأخذ وهوسببالضمان (وفى)قولهأنت

(قولهصدق مطلقا) لأن الغاصب يغصب مايصادف والمودع يودع ماعندهفلا يقتضى السلامة (قوله وصل أم فصل) إذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف إلى آخر ما قدمناه ، فلم يكن قوله زيوفا تفسيرا لأول كلامه بل هى بيان للنوع فصح موصولا ومفصولا درر. وحاصل الفرق بينهما وبين ما تقدم أن فيما تقدم أقر بعقد البيع أو القرض والعقد يقتضى سلامة العوضين عن العيب كما تقدم ، وهنا أقر بالغصب والوديعة وهما لايقتضيان السلامة وهو قابض والقول للقابض أمينا كان أو ضمينا (قوله لأنها دراهم مجازا) فكان هذا من باب التغيير فلا يصح مفصولا (قوله وصدق بيمينه فى غصبته أو أودعنى) لأن الغصب والوديعة لا يقتضيان وصف السلامة كما تقدم (قوله مثلا) أى أو قرضا (قوله إلا أنه ينقص كذا) أى الدراهم ومثله فى الشرنبلالية لكن فى العينى قوله إلا أنه ينقص كذا أى مائة درهم وهو ظاهر (قوله أىالدراهم الخ) أى أن كل عشرة من دراهم هذا الألف وزن خمسة مثاقيل لا وزن سبعة منها (قوله متصلا) أى قال ذلك متصلا (قوله وإن فصل بلا ضرورة لايصدق) .

قال الزيلعى : ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال ، فعن أبى يوسف أنه يصح إذا وصله به وعليه الفتوى لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بجميع ذلك بكلام كثير ويذكر الاستثناء فى آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد ، فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج وعليه الفتوى اه (قوله لا الوصف كالزيافة) فلذا لم يصح له على ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف فهو كما لو قال : وهى زيوف .

وحاصل الفرق بين هذا وبين ما إذا قال هى زيوف حيث لا يصدق هناك لأن الزيافة وصف فلا يصح استثناؤها وهذا قدر (قوله ضمن المقر) ما أقربأخذه له لأنه أقر بسبب الضمان وهوالأخذ ثم إنه ادعى مايوجب البراءة ، وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر ، فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما إذا قال له المقر له بل أخذتها قرضا ، حيث يكون القول للمقر كما سيأتى وكذالو قال أخذته عارية فقال بل بيعا فالقول للآخذ لإنكاره البيع وهذا إذا لم يلبسه بزازية والعلة فى عدم الضمان هو اتفاقهما أن الأخذ كان بالإذن سائحانى .

ولعل العارية محرفة عن الوديعة لأن اللبس فى العارية مباح دون الوديعة ، ومعلوم أن العارية تبيح التصرف كالبيع ، فلا يصلح اللبس هنا فارقا لكن فى البدائع قال : أعرتنى ثوبك فهلك وقال المقر له لا بل غصبته فإن الهلاك بعد اللبس يضمن ، لأن لبس ثوب الغير سبب لوجوب الضمان فى الأصل فدعوى الإذن دعوى براءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة اه (قوله وهو سبب الضمان) قال صلى الله تعالى عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » أى ثم بعد إقراره بالأخذ ادعى ما يوجب براءته ، وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر ، فكان القول له بيمينه فإن نكل عنه لا يلزم أما لو قال له بعد قوله : أخذتها وديعة بل أخذتها قرضا يكون القول للمقر، لأنهما تصادقا على أن الأخذ حصل بالإذن ، وهو لايوجب الضمان ثم إن المالك يدعي عقد القرض

(أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته) منى (لا) يضمن بل القول له لإنكاره الضمان (وفى هذا كان وديعة) أو قرضا لى (عندك فأخذته) منك (فقال) المقر له (بل هو لى أخذه المقر له) لو قائما وإلا فقيمته لإقراره باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان (وصدق من قال آجرت) فلانا (فرسى) هذه (أو ثوبى هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبى أو أسكنته بيتى (ورده أو خاط) فلان (ثوبى هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان بل ذلك لى (فالقول للمقر) استحسانا لأن اليد لا فى إجارة ضرورية.

والمقر ينكره فالقول له ، ومثله او قال : أخذتها بيعا بعد قوله ما تقدم أفاده المصنف ومثله فى العينى (قوله أعطيتنيه) قال الخير الرملى : ومثله دفعتها لى وديعة ونحوه مما يكون من فعل المقر له تأمل (قوله لإنكاره الضمان) قال المصنف لأنه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالإعطاء وهو فعل المقر له ، فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان ، وهو ينكر والقول قول المنكر .

قال فى الهداية : والفرق أن فى الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ، ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين وفى الثانى أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعى بسبب الضمان وهو الغصب ، وهو ينكر فيكون القول للمنكر مع اليمين ، ومما يكثر وقوعه ما فى التاترخانية أعرتنى هذه الدابة فقال لا ، ولكنك غصبتها ، فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان وإلا ضمن ، وكذا دفعتها لى عارية أو أعطيتنيها عارية .

وقال أبو حنيفة : إن قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن وإذا قال : أخذت هذا الثوب منك عارية فقال : أخذته منى بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لأنه منكر الثمن فإن لبس ضمن. أعرتنى هذا فقال لا بل أجرتك لم يضمن إن هلك بخلاف قوله غصبته حيث يضمن إن كان استعمله اهـ (قوله وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة فى المشار إليه إلا أن يقال كان موجودا حين الإشارة ثم استهلكه المقر تأمل (قوله لإقراره باليد ثم بالأخذ منه) أى ثم ادعى الاستحقاق بعد فلا يصدق بلا برهان (قوله وصدق من قال آجرت فلانا فرسى هذه الخ) أقول صورة المسألة فى يد إنسان فرس أو ثوب فقال مخاطبا لزيد إنك كنت أجرت أو أعرت فرسى هذه أو ثوبى هذا لعمرو فرده عمرو علىّ وكذبه عمرو أى قال لم أستأجره ولم أستعره ، فالقول للمقر الذى هو ذو اليد ولا يكون قوله لزيد أجرته أو أعرته إقرارا لزيد بالملك لقوله فرسى أو ثوبى تأمل ذكره فى الحواشى الخيرية (قوله فالقول للمقر استحسانا) وهو قول الإمام وقالا القول قول المأخوذ منه ، وكذا الإعارة والإسكان لأنه أقر له باليد ، ثم ادعى الاستحقاق وله أن اليد فيما ذكر لضرورة استيفاء المعقود عليه، فلا يكون إقرارا باليد قصدا فبقيت فيما وراء الضرورة فى حكم يد المالك ، بخلاف الوديعة والقرض ونحوهما ، ولأن فى الإجارة ونحوها أقر بيد من جهته فالقول له فى كيفيتها ، ولم يقر بذا فى الوديعة فيحتمل أنها وديعة بإلقاء الريح فى بيته حتى لو قال : أودعتها فهو على الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ فى الوديعة ونحوها كما توهمه الزيلعى ، لأنه ذكر الأخذ فى الطرف الآخر فى الإقرار كذا فى التبيين ، وأنت خبير بأنه لم يذكر فى القرض ما ذكر فى الوديعة ، فكان قاصرا وما ذكره فيها نادر لا يبتنى عليه حكم إلا أن يقال : اكتفى بما سيذكره بعد فى توجيه حكم قوله : قبضت منه ألفا كانت لى عليه فإنه يشمل القرض كما لا يخفى .

ونقل الزيلعى عن النهاية : أن الخلاف إذا لم يكن المقر به معروفا للمقر وإلا فالقول له إجماعا وعزاه إلى الأسرار وفيه بأنه إذا كان معروفا به فالقاضى لا يعرف ذلك إلا بشهادة العارفين عنده لا بمجرد قوله

بخلاف الوديعة (هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالأول الأول وعلى المقر) ألف (مثله للثانى بخلاف هى لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لايجب عليه للثانى شىء) لأنه لم يقر بإيداعه وهذا (إن كانت معينة وإن كانت غير معينة لزمه أيضا كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائةدينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه الكل

فليتأمل . وإن قلتم القاضى يعلم ذلك قلنا : لايقضى بعلمه الآن ، ولو قال : قبضت منه ألفا كانت لى عليه ، وأنكر عليه أخذها لأنه أقر له بالملك وأنه أخذ بحقه وهو مضمون عليه إذ الدين يقضى بمثله وادعى ما يبرئه والآخر ينكر ، بخلاف الإجارة ونحوها لما بينا ولأنااو آخذنا الناس بإقرارهم فيها لامتنعوا عنها والحاجة ماسة إليها ، فلا يؤاخذ به استحسانا دفعا للحرج :

وفى الولوالجية : وعلى هذا الخلاف لو قال أودعت فلانا هذه الألف ثم أخذتها منه هما يقولان أقر بسبب يوجب ضمان الرد وادعى مايبرئه فلا يصدق إلا ببينة كما لو قال : أخذت منك ألفا كانت وديعة لى عندك وقال المأخوذ منه : بل ملكى وأبو حنيفة يقول الإقرار(١) بالإجارة والإعارة والإيداع أولا [illegible] ، لأنه أقر بما فى يده وليس بحقه دعوى البراءة عن الضمان فصار الثابت بالإقرار كثابت عيانا ، ولو عاينا أنه أعار أو آجر أو أودع ثم أخذ لايلزمه الرد ، كذا ههنا فأما إذا قال أخذت منه ، وهو كان عنده عارية أو إجارة أو وديعة ، فالإقرار بهذه الأشياء لايصح ، فصار كما لو سكت عن دعوى الثلاثة ولو قال : [illegible] فى هذه الدار فالقول للساكن أنها له ، ولو قال زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس الكرم ، وهو بيد المقر أو خاط القميص ، ولم يقل قبضته منه فقال : بل ملكى فالقول للمقر والإقرار بالسكنى إقرار باليد ولو قال : ذا اللبن أو الجبن من بقرته أو الصوف من غنمه أو التمر من نخله أو العسل من نحله وطابه أمر بالدفع إليه .

وفى الخانية : ولدت أمة فى يده وقال الأمة لفلان والولد لى فكما قال لأن الإقرار بالجارية لايكون إقرارا بالولد بخلاف البناء ونحوه وكذا سائر الحيوان والثمار المحرزة فى الأشجار بمنزلة ولد الجارية ولو قال اصندوق فيه متاع فى يده الصندوق لفلان والمتاع لى أو هذه الدار لفلان وما فيها من المتاع لى فالقول له مقدسى (قوله بخلاف الوديعة) ومثلها القرض لأن اليد فيهما مقصورة فيكون الإقرار بهما إقرارا باليد كما فى المنح (قوله وعلى المقر ألف مثله للثانى) لأن الإقرار صح للأول وقوله لا بل وديعة فلان إضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله فى حق الأول ، ويجب عليه ضمان مثلها للثانى لأنه أقر له بها وقد أتلفها عليه بإقراره بها للأول فيضمن له منح وسيأتى قبيل الصلح مالو قال : أوصى أبى بثلث ماله لفلان بل افلان (قوله بخلاف هى لفلان الخ) فلم يكن مقرا بسبب الضمان بخلاف الأولى فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان الآخر يكون ضامنا حيث أقر بها للأول لصحة إقراره بها للأول ، فكانت ملك الأول ولا يمكن تسليمها للثانى ، بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشترى لايكون ضامنا بمجرد البيع حيث يمكنه دفعها له بها هذا ماظهر فتأمل . وأيضا لأنه أقر بها للأول ثم رجع وشهد بها للثانى فرجوعه لايصح وشهادته لاتقبل منح :

[فرع] أقر بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار إلا درهما فإن كان المقر له فى المالين واحدا يصرف إلى المال الثانى ، وإن لم يكن من جنسه قياسا وإلى الأول استحسانا او من جنسه وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثانى مطلقا مثل لفلان على ألف درهم ، ولفلان آخر على مائة دينار إلا درهما هذا كله قولهما وعلى قول محمد إن كانا لرجل يصرف إلى جنسه وإن لرجلين لايصح الاستثناء أصلا تاترخانية عن المحيط (قوله لزمه أيضا) الثانى ألف لأنه أقر له بشىء تقبله الذمة بأن كان دينا أو قرضا وهى تقبل حقوقا شتى كالدين والقرض

---

(١) قوله (يقول الإقرار الخ) هكذا بالأصل ولعله أن الإقرار فليحرر مصححه .

واحد منهما كله وإن كانت بعينها فهى للأول وعليه للثانى مثلها ، ولو كان المقر له واحدا يلزمه أكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا) نحو له ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه (واو قال الدين الذى لى على فلان) لفلان (أو الوديعة التى عنه فلان) هى (لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقرو) لكن (لو سلم إلى المقر له برئ) خلاصة لكنه مخالف لما مر أنه إن أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم .

ولذا قال فى الحاوى القدسى : ولو لم يسلطه على القبض فإن قال واسمى فى كتاب الدين عارية صح وإن لم يقله لم يصح .

قال المصنف : وهو المذكور فى عامة المعتبرات خلافا للخلاصة

ونحوها (قوله وعليه للثانى مثلها) لما تقدم فى الوديعة (قوله ولو كان المقر له واحدا) وقد زاد فى أحد الإقرارين قدرا أو وصفا (قوله يلزمه أكثرها قدرا وأفضلهما وصفا) أى سواء كان مابعد بل هو الأفضل أو ماقبلها ، وسواء كان الفضل فى الذات أو فى الصفة لأنه حيث أقر بالقدر الزائد أو الوصف الفاضل لايصح الرجوع عنه أو أخذه ، لأنه إن لم يقر به أولا فقد أقر به ثانيا وهذا إذا كان جنسا واحدا فلو كان جنسين كألف درهم لا بل دينار لزمه الألفان (قوله أو عكسه) راجع إلى المسألتين والقياس أن يلزمه المالان وبه قال زفر كما إذا اختلف جنس المالين بأن قال لفلان ألف درهم بل ألف دينار ، فإنه يلزمه المالان بالإجماع كما قدمنا .

والحاصل : أن هذه المسألة على وجهين أحدهما : أن يكون المال متحدا . والثانى : أن يكون مختلفا فإن كان متحدا فإنه يلزمه أفضل المالين . سواء كان مابعد بل هو الأفضل أو ماقبلها وسواء كان الفضل فى الذات ، أو فى الصفة كما قدمنا فلذا قال فى المبسوط إذا أقر لفلان بألف درهم ثم قال : بل بخمسمائة فعليه ألف وكذا لو قال خمسمائة بل ألف ، ولو قال عشرة دراهم بيض لا بل سود أو قال : سود لا بل بيض أو قال : جيد لا بل ردىء أو ردىء لا بل جيد فعليه أفضلهما وإن كان مختلفا فعليه المالان ، لأن الغلط لايقع فى الجنس المختلف عادة فرجوعه عن الأول باطل والتزامه الثانى صحيح فلو قال : له على درهم بل دينار لزمه درهم ودينار ولو قال : له على كر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكران اه كما فى شرح المنار لابن نجيم (قوله فهو إقرار له) أى للمقر له قال فى شرح الملتقى ، وإن تعددت الديون والودائع . ولا يصدق المقر لو قال عنيت بعضها اه (قوله وحق القبض للمقر) فيأخذ ماذكر ويدفعه للمقر له قال فى شرح الملتقى : ولو جحد المودع ضمن للمقر له إذا تلف (قوله برئ) أى إذا أقر المقر أنه أذن له كذا فى شرح الملتقى (قوله لكنه مخالف الخ) هذا الاستدراك وجيه ومؤيد بما لايقبل التغيير ، وربما كلمة لى فى الخلاصة من زيادة الناسخ ، ولذا لم توجد فى الوديعة بعده لكن كلام الحاوى يؤيد الزيادة وزيادة الحاوى وجيهة على ماظهر لى حيث أن العبرة لآخر الكلام (قوله لما مر الخ) أى أوائل كتاب الإقرار عند قول المصنف جميع مالى أو ماأملكه هبة لا إقرار . وقدمنا الجواب عن ذلك والتوفيق بما يشفى الغليل فراجعه إن شئت (قوله إن أضاف إلى نفسه كان هبة) أى فيراعى شروطها ولا يكون إقرارا لأنه إخبار وقضية الإضافة إلى نفسه منافية له فيكون هبة (قوله فيلزم التسليم) لأن هبة الدين لاتصح من غير من عليه الدين إلا إذا سلط على قبضه (قوله ولذا قال فى الحاوى القدسى) عبارته كما فى المنح قال : الدين الذى لى على زيد فهو لعمرو ولم يسلطه على القبض لكن قال واسمى فى كتاب الدين عارية صح ولو لم يقل هذا لم يصح اه فهو من غير ذكر لفظ لو واستفيد من هذا أنه لو سلطه على قبضه أو قال هذه الجملة صح على أنه إقرار وإلا لايصح إقرارا بل هبة (قوله قال المصنف وهو) أى قوله : وإن لم يقله لم يصح هو المذكور فى عامة المعتبرات خلافا للخلاصة .

فتأمل عند الفتوى .

باب إقرار المريض

حاصله أنه إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ولكن قال : اسمى فيه عارية يصح كما فى فتاوى المصنف ، وعلى الأول يكون هبة وعلى الثانى إقرارا وتكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لاملك كما ذكره الشارح فيما مر ، وإنما اشترط قوله واسمى عارية ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة وعليه يحمل كلام المتن ويكون إطلاقا فى محل التقييد فلا إشكال حينئذ فى جعله إقرارا ولا يخالف الأصل المار للقرينة الظاهرة .

وفى شرح الوهبانية : امرأة قالت الصداق الذى لى على زوجى ملك فلان بن فلان لاحق لى فيه وصدقها المقر له ثم أبرأت زوجها قبل يبرأ وقيل لاوالبراءة أظهر لما أشار إليه المرغينانى من عدم صحة الإقرار ، فيكون الإبراء ملاقيا لمحله اه أى فإن هنا الإضافة للملك ظاهرة ، لأن صداقها لايكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض ، وأعاد الشارح المسألة فى متفرقات الهبة واستشكلها وقد علمت زوال الإشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه (قوله فتأمل عند الفتوى) العبرة لما فى عامة كتب المذهب : وفى شرح العلامة عبد البر وقالوا إذا أضاف المال إلى نفسه بأن قال : عبدى هذا لفلان يكون هبة على كل حال ، وإن لم يضف إلى نفسه بأن قال هذا المال لفلان يكون إقرارا اه وهذه المسألة ذكرها ابن وهبان حيث قال :

ومن قال دينى ذا لذا صح دفعه إلى ذا وذا حيث التصادق يذكر

قال شارحها عبد البر : مسألة البيت من التتمة وغيرها قال المقر له بالدين إذا أقر أن الدين لفلان وصدقه فلان صح ، وحق القبض للأول دون الثانى لكن مع هذا لو أدى إلى الثانى برئ ، وجعل الأول كوكيل ، والثانى كموكل اه وظاهره أنه يكون لفلان بمجرد التصادق وإن لم يقل اسمى عارية ، ولم يسلط المقر له على قبضه فكان هذا التصادق مفيدا للملك المقر له . وكان المقر كالوكيل عن المقر له ، وإن حمل مافى الحاوى على أن المقر له كان ساكتا ومسألة البيت فيما إذا وجد منه تصديق حصل التوافق وزال التنافى والاضطراب والله تعالى أعلم بالصواب وأستغفر الله العظيم .

باب إقرار المريض

وجه تأخيره ظاهر لأنه غارض وإفراده فى باب على حدة لاختصاصه بأحكام على حدة ولأن فى بعضها اختلافا .

قال فى نور العين : ومن الأمور المعترضة على الأهلية المرض ، وهو لاينافى أهلية وجوب الحكم حقا لله تعالى أو للعبد ، ولا لأهلية العبارة حتى صح نكاح المريض وطلاقه وسائر مايتعلق بالعبارة ، ولكن المرض لما كان سبب الموت والموت عجز خالص كان المرض من أسباب العجز ، فشرعت العبادات على المريض بقدر القدرة ولما كان الموت علة خلافة الوارث والغرماء فى المال كان المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بما له فيكون المرض من أسباب الحجر على المريض بقدر مايتعلق به صيانة للحقين ، إذا اتصل المرض بالموت مستندا إلى أول المرض ، حتى لايورث المرض فيما لايتعلق به حق غريم ، ووارث كنكاح بمهر المثل حيث يصح منه لأنه من الحوائج الأصلية وحقهم يتعلق فيما فضل عنها ، فيصح فى الحال كل تصرف يحتمل الفسخ كهبة وبيع بمحاباة ، ثم ينتقض إن احتيج إليه وما لايحتمل النقض جعل كمعلق بالموت كإعتاق إذا وقع على حق

يعنى مرض الموت وحده مر فى طلاق المريض وسيجىء فى الوصايا (إقراره بدين لأجنبى نافذ من كل ماله) بأثر عمر ولو بعين فكذلك

غريم أو ورث . بخلاف إعتاق الراهن حيث ينفذ لأن حق المرتهن فى ملك اليد دون الرقبة اه (قوله يعنى مرض الموت) أشار به إلى أن أل للعهد، ولما كانت أل تحتمل الاستغراق وغيره فسرها بيعنى وكان المقام أى (قوله مر فى طلاق المريض) وهو قوله من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره بأن أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت أو بارز رجلا أو قدم ليقتل من قصاص أو رجم أو بقى على لوح من السفينة أو افترسه سبع . وبقى فى فيه ولا يصح تبرعه إلا من الثلث اه ومنه : لو قدمه ظالم ليقتله ومنه لو تلاطمت الأمواج، وخيف الغرق فهو كالمريض أى ومات من ذلك كله كما قيده ثمة وأوضحه سيدى الوالد رحمه الله تعالى فراجعه (قوله وسيجىء فى الوصايا) حيث قال المؤلف هناك : قيل مرض الموت أن لايخرج لحوائج نفسه ، وعليه اعتمد فى التجريد بزازية والمختار أنه ما كان الغالب منه الموت ، وإن لم يكن صاحب فراش قهستانى عن هبة الذخيرة اه واختاره صاحب الهداية فى التجنيس .

لكن فى المعراج : وسئل صاحب المنظومة عن حد مرض الموت فقال : كثرت فيه أقوال المشايخ واعتمادنا فى ذلك على قول الفضلى وهو أن لايقدر أن يذهب فى حوائج نفسه خارج الدار والمرأة لحاجتها داخل الدار لصعود السطح ونحوه اه وهذا الذى جرى عليه فى باب طلاق المريض وصححه الزيلعى .

أقول : والظاهر أنه مقيد بغير الأمراض المزمنة التى طالت ، ولم يخف منها الموت كالفالج ونحوه وإن صيرته ذا فراش ومنعته عن الذهاب فى حوائجه فلا يخالف ماجرى عليه أصحاب المتون والشروح هنا تأمل .

قال فى الاسماعيلية : من به بعض مرض يشتكى منه وفى كثير من الأوقات يخرج إلى السوق ، ويقضى مصالحه لايكون به مريضا مرض الموت وتعتبر تبرعاته من كل ماله وإذا باع لوارثه أو وهبه لايتوقف على إجازة باقى الورثة اه وتمام الكلام على ذلك مفصلا فى المحلين المذكورين (قوله إقراره بدين لأجنبى) المراد بالأجنبى من لم يكن وارثا وإن كان ابن ابنه (قوله نافذ من كل ماله) لكن يحاف الغريم كما مر قبيل باب التحكيم ومثله فى قضاء الأشباه (قوله بأثر عمر) رضى الله تعالى عنه ، وهو ماروى عنه أنه قال : إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته والأثر فى مثله كالخبر لأنه من المقدرات . فلا يترك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية لأن فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه ، لأن شرط تعلق حقهم الفراغ من حقه ، ولهذا يقدم كفنه عليهم ، والقياس أن لاينفذ إلا من الثلث لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث ، وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا إقراره كذا فى الزيلعى وفيه ولأنه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من إتواء مالهم فينسد عليهم طريق التجارة أو المداينة اه . وفى بعض النسخ بأثر ابن عمر رضى الله تعالى عنهما : وهى الموافقة لما فى الإتقانى عن المبسوط .

أقول : وفى البخارى فى كتاب الوصايا مانصه : ويذكر أن شريحا وعمر بن عبد العزيز وطاوسا وعطاء وابن أذينة أجازوا إقرار المريض بدين اه فلعل مراد الشارح بأثر عمر هو عمر بن عبد العزيز (قوله ولو بعين فكذلك) قال العلامة الرملى فى حاشيته على المنح : قوله إقراره بدين ليس احترازا عن العين لأن إقراره له بها صحيح .

إلا إذا علم تملكه لها فى مرضه فيتقيد بالثلث ذكره المصنف

قال فى مجمع الفتاوى : إذا أقر المريض لأجنبى بجميع ماله صح ، ولو أقر لغير الوارث بالدين يصح ، ولو أحاط بجميع ماله وبه نأخذ وفيها المريض الذى ليس عليه دين إذا أقر بجميع ماله صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ، ولو كان تمليكا لاينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة ، وقد ذكر الزيلعى لو كان عليه دين لايصح إقراره بدين ولا بعين فى يده لآخر فى حق غرماء الصحة والمرض بأسباب معاوضة اه (قوله إلا إذا علم تملكه) أى بقاء ملكه لها فى زمن مرضه (قوله فيتقيد بالثلث) أى فيكون إقراره له تمليكا له والتمليك فى المرض وصية ، وهو معنى ما أفاده الحموى أن إقراره بالعين للأجنبى صحيح إن كان إقراره حكاية وإن كان بطريق الابتداء يصح من الثلث كما فى فصول العمادى . وقد سئل العلامة المقدسى : عن المراد بالحكاية والابتداء .

فأجاب : بأن المراد بالابتداء مايكون صورته صورة إقرار ، وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذى أقر به ملك له ، وإنما قصد إخراجه فى صورة الإقرار ، حتى لايكون فى ذلك منع ظاهر على المقر كما يقع أن الإنسان يريد أن يتصدق على فقير ، ولكنه يعرض عنه بين الناس وإذا خلا به تصدق عليه كى لايحسد على ذلك من الورثة فيحصل منهم إيذاء فى الجملة بوجه ما . وأما الحكاية فهى على حقيقة الإقرار اه وقول المقدسى : بأن يعلم الخ يفيد إطلاقه أن التقييد من المؤلف بقوله فى مرضه اتفاقى ط .

قال : إذا أقر الرجل فى مرضه بدين لغير وارث ، فإنه يجوز وإن أحاط ذلك بماله وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة اه وهكذا فى عامة المعتمدة المعتبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها لكن فى الفصول العمادية : إن إقرار المريض للوارث لايجوز حكاية ولا ابتداء ، وإقراره للأجنبى يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اه .

قلت : وهو مخالف لما أطلقه المشايخ ، فيحتاج إلى التوفيق وينبغى أن يوفق بينهما بأن يقال المراد بالابتداء مايكون صورته صورة إقرار وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذى أقر به ملك له وإنما قصد إخراجه فى صورة الإقرار ، حتى لايكون فى ذلك إظهار على المقر له ، وكما يقع لبعض أن يتصدق على فقير الخ . وأما الحكاية فهو على حقيقة الإقرار وبهذا الفرق أجاب العلامة المقدسى ، ونقله عن السيد الحموى كما نقله الرملى فى حاشية جامع الفصولين .

أقول : ومما يشهد لصحة ماذكرنا من الفرق ماصرح به صاحب القنية أقر الصحيح بعبد فى يد أبيه لفلان ثم مات الأب والإبن مريض ، فإنه يعتبر خروج العبد من ثلث المال لأن إقراره متردد بين أن يموت الإبن أولا فيبطل أو الأب أولا فيصح فصار كالإقرار المبتدأ فى المرض .

قال أستاذنا : فهذا كالتنصيص أن المريض إذا أقر بعين فى يده للأجنبى ، فإنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تمليكه إياه فى حال مرضه معلوما حتى أمكن جعل إقراره إظهارا أى لحق المقر له لا تمليكا ، فأما إذا علم تملكه فى حال مرضه فإقراره به لايصح إلا من ثلث المال قال رحمه الله تعالى وأنه حسن من حيث المعنى اه .

قلت : وإنما قيد حسنه بكونه من حيث المعنى لأنه من حيث الرواية مخالف لما أطلقوه فى مختصرات الجامع الكبير ، فكان إقرار المريض لغير وارثه صحيحا مطلقا ، وإن أحاط بماله والله سبحانه أعلم معين المفتى ونقله

. . . .

شيخ مشايخنا منلا على ثم قال بعد كلام طويل: فالذى تحرر من المتون والشروح أن إقرار المريض لأجنبي صحيح، وإن أحاط بجميع ماله وشمل الدين والعين والمتون لاتمشى غالبا إلا على ظاهر الرواية وفى البحر من باب قضاء الفوائت متى اختلف الترجيح رجح إطلاق مافى المتون اه وقد علمت أن التفصيل مخالف لما أطلقوا وإن حسنه من حيث المعنى لا الرواية اه فقد علمت أن مانقله الشارح عن المصنف لم يرتضه المصنف .

أقول : حاصل هذا الكلام : أن إقرار المريض لأجنبي صحيح ، وإن أحاط بكل ماله لكنه مشروط بما إذا لم يعلم أنه ابتداء تمليك فى المرض كما إذا علم أن ما أقر به إنما دخل فى ملكه فى مرضه كما إذا أقر فى مرض موته بشيء لأجنبي لم يعلم تملكه له فى مرضه ، ولم يكن عليه دين الصحة ، فإن إقراره بأنه ملك فلان الأجنبي دليل على أنه ابتداء تمليك كما يقع كثيرا فى زماننا من أن المريض يقر بالشيء لغيره إضرارا لوارثه ، فإذا علم ذلك تقيد بثلث ماله ، وهو معنى قول الفصول العمادية وابتداء من ثلث ماله ، لكن أنت خبير بأن المعتمد أن الإقرار إخبار لا تمليك وأن المقر له بشيء إذا لم يدفعه له المقر برضاه لايحل له أخذه ديانة إلا إذا كان قد ملك ذلك بنحو بيع أو هبة وإن كان يحكم له بأنه ملكه بناء على ظاهر الأمر ، وإن المقر صادق فى إقراره فعلى هذا إذا علمنا أن هذا المقر كاذب فى إقراره وأنه قصد به ابتداء تمليك فبالنظر إلى الديانة لايملك المقر له شيئا منه وبالنظر إلى القضاء فى ظاهر الشرع يحكم له بالكل ، فلا وجه لتخصيص نفاذه من الثلث ، لأنا حيث صدقناه فى إقراره فى ظاهر الشرع لزم نفاذه من كل ماله ، وإن أحاط به ، فلذا أطلق أصحاب المتون والشروح نفاذ الإقرار للأجنبي من كل المال ، فليس فيما ذكره فى القنية شيء من الحسن ، لا من حيث المعنى ولا من حيث الرواية ، ولا يكون فيه تأييد لما ذكره من الفرق إلا أن يحمل الإقرار المزبور على الهبة ؛ وهى فى المرض وصية لكنه يشترط فيها التسليم والأصل أنه متى أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة فعلى هذا فيمكن حمل ماذكر على الوصية حيث كان المقر فى ذكر الوصية ، فلا يشترط التسليم وإلا حمل على الهبة واشترط التسليم كما علمت ، وهذا كله أيضا حيث أضاف ما أقر به إلى نفسه كقوله : دارى أو عبدى لفلان بخلاف قوله : هذه الدار أو العبد لفلان ولم يكن معلوما للناس بأنه ملك المقر ، فإنه حينئذ لايمكن حمله على التمليك بطريق الهبة أو الوصية ، لأنه يكون مجرد إقرار وهو إخبار لا تمليك كما فى المتون والشروح . وما نقل عن القنية محمول على أنه إنشاء تمليك ابتداء ولذا قيد نفاذه بكونه من الثلث إلا أن يقال : إن إقرار هذا الإبن كان إخبارا فى حال صحته لكنه لما دخل العبد فى ملكه ، وهو مريض ولزمه تسليمه إلى المقر له فى تلك الحالة اعتبر تبرعا فى المرض فتقيد بالثلث ، وما نقل عن العمادية فالمراد به الإقرار بالإبراء عن العين يعنى أنه إذا أقر المريض أنه أبرأ وارثه عن دين له عليه لايصح حكاية بأن يسند الإبراء إلى حال الصحة ، ولا ابتداء بأن يقصد إبراءه الآن ، وأما الأجنبي إذا حكى أنه أبرأه فى الصحة يجوز من كل المال ، وإذا ابتدأ إبراءه الآن لا على سبيل الحكاية فمن الثلث لأنه تبرع ، وما نقل عن جامع الفصولين من أنه لم يجز فصرح فى الجوهرة بأنه أى من كل المال ، وإنما يجوز من الثلث وعليه فلا فرق فى إقراره بإبراء الأجنبي بين كونه حكاية أو ابتداء ، حيث ينفذ من الثلث بخلاف الإقرار بقبض الدين منه فإنه من الكل كما مر اه ملخصا من التنقيح لسيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : لكن فى قوله فى صدر العبارة وإن أقر لوارث فهو باطل فيه نظر لأن الباطل لاتلحقه الإجازة ، فيتعين أن يقال إنه موقوف لا باطل تأمل .

فى معينه خر فليحفظ (والإرث عنه ودين الصحة) مطلقا (وما ازمه فى مرضه بسبب معروف) ببينة أو بمعاينة قاض (قدم على ما أقر به فى مرض موته) ولو المقر به (وديعة) وعند الشافعى الكل سواء (والسبب المعروف)

وفى المجلة من المادة ١٦٠١ : الإقرار لأجنبى صحيح من جميع المال فى مرض الموت إذا لم يكن عليه دين الصحة ، ولم يعلم أن المقر ملكه بسبب هبة أو إرث أو شراء من مدة قريبة وأما إذا علم أن المريض كان ملكه بسبب مما ذكر ، وكان قريب عهد فى تملكه ، فيكون من الثلث سواء حمل على الوصية إن كان فى مذاكرة الوصية وإلا فعلى الهبة إذا كان معلوما ذلك عند كثير من الناس (قوله فى معينه) وهو معين المفتى للمصنف (قوله وأخر الإرث عنه) لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية لأن فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه ، وبين الجنة كما قدمنا فيقدم على حق الورثة (قوله ودين الصحة مطلقا) سواء علم بسبب معروف أو بإقراره ، سواء كان لوارث أم لا بعين أو بدين ط وقوله ودين مبتدأ خبره جملة قدم ، ويصح جره والأولى قول الشارح فى الفرائض ، ويقدم دين الصحة على دين المرض إن جهل سببه وإلا فسيان (قوله وما لزمه فى مرضه بسبب معروف) وإنما ساوى ماقبله لأنه لما علم سببه انتفت التهمة عن الإقرار منح .

قال فى المبسوط : إذا استقرض مالا فى مرضه ، وعاين الشهود دفع المقرض المال إلى المستقرض أو اشترى شيئا بألف درهم ، وعاين الشهود قبض المبيع ، أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استأجر شيئا بمعاينة الشهود ، فإن هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة ، وذلك لأنها وجبت بأسباب معلومة لامرد لها ولأنه بالقرض ، والشراء لم يفوت على غرماء الصحة شيئا لأنه يزيد فى التركة مقدار الدين الذى تعلق بها ، ومتى لم يتعرض لحقوقهم بالإبطال نفذ مطلقا اهـ جلبى . وفى التعليل الثانى نظر لاحتمال استهلاك ما اقترضه أو ما اشتراه ط (قوله أو بمعاينة قاض) هذا بناء على أن القاضى يقضى بعلمه وهو مرجوح كما مر مرارا (قوله قدم على ما أقر به فى مرض موته) حتى لو أقر من عليه دين فى صحته فى مرضه لأجنبى بدين ، أو عين مضمونة أو أمانة بأن قال : مضاربة أو وديعة أو غصب يقدم دين الصحة ، ولا يصح إقراره فى حق غرماء الصحة ، فإن فضل شىء من التركة يصرف إلى غرماء المرض إتقانى . وإنما قدم عليه ، لأن المريض محجور عن الإقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت بإقرار المحجور لايزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد مأذون أقر بدين بعد حجره ، فالثانى لايزاحم الأول حموى . وفيه : ولنا أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى أول مرضه ، لأنه عجز عن قضائه من مال آخر فالإقرار فيه صادف حق غرماء الصحة ، فكان محجورا عليه ومدفوعا به (قوله ولو المقر به وديعة) أى لم يتحقق ملكه لها فى مرضه وإلا كانت وصية (قوله وعند الشافعى الكل سواء) لأنه إقرار لاتهمة فيه لأنه صادر عن عقد والذمة قابلة للحقوق فى الحالين ، ولنا أن المريض محجور عن الإقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت بإقرار المحجور لايزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد مأذون أقر بالدين بعد الحجر ، فالثانى لايزاحم الأول درر .

والحاصل : أن الدين الثابت قبل الحجر لايزاحمه الثابت بعده ، ولكن مالو علم منه سبب بلا إقرار يلحق بالثابت قبل الحجر فيؤخر عنهما الثابت بمجرد الإقرار ثم الدين الثابت بالسبب نوعان : نوع لو قبض صاحبه من المريض ذلك لايشاركه فيه صاحب دين الصحة كالمقرض ، والمبيع فيه ، ونوع : يشارك فيه معه كمهر قبضته المرأة وأجرة قبضها الآجر كما فى غاية البيان ، وأجرة مسكنه ومأكله وملبسه ، ومنه أدويته وأجرة طبيبه من النوع الأول لو قبضت لايشاركها الغرماء والمهر من النوع الثانى ، ولم يعد من التبرعات لأن النكاح

ما ليس بتبرع (كنكاح مشاهد) إن بمهر المثل أما الزيادة فباطلة وإن جاز النكاح عناية (وبيع مشاهد وإتلاف كذلك) أى مشاهد (و) المريض (ليس له أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو) كان ذلك (إعطاء مهر وإيفاء أجرة) فلا يسلم لهما (إلا) فى مسألتين (إذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه) لو بمثل القيمة كما فى البرهان (وقد علم ذلك) أى ثبت كل منهما (بالبرهان) لا بإقراره للتهمة (بخلاف) إعطاء المهر ونحوه و (ما إذا لم يؤد حتى مات فإن البائع أسوة للغرماء) فى الثمن (إذا لم تكن العين)

من الحوائج الأصلية كما مر ويأتى (قوله كنكاح مشاهد) أى للشهود وإنما جعل النكاح من جملة مايجب تقديمه لأنه من الحوائج الأصلية كما مر ، وإن كانت رابعة لشيخ فان لأن النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة والأصل الوضع لا الحال لأن الحال مما لايتوقف عليها كما فى المنح (قوله أما الزيادة فباطلة) أى مالم تجزها الورثة لأنها وصية لزوجته الوارثة فافهم (قوله وبيع مشاهد) إنما يكون مشاهدا بالبينة على ماتقدم (قوله والمريض) بخلاف الصحيح كما فى حبس العناية (قوله ليس له) أى للمريض ومفاده أن تخصيص الصحيح صحيح كما فى حجر النهاية شرح الملتقى (قوله دين بعض الغرماء) ولو غرماء صحة لتعلق حق كل الغرماء بما فى يده ، والتقييد بالمريض يفيد أن الحر غير المحجور لايمنع من ذلك .

قال فى الدرر : ولم يجز تخصيص غريم بقضاء دينه وهذا ظاهر فى أنه لو أداه شاركه الغرماء الآخر بخلاف قوله : وليس له الخ فإنه محتمل ويدل على ذلك قول الشارح فلا يسلم لهما (قوله فلا يسلم) بفتح اللام المخففة من السلامة (قوله لهما) بل يشاركهما غرماء الصحة لأن ماحصل له من النكاح ، وسكنى الدار لايصلح لتعلق حقهم بعين التركة ، فكان تخصيصهما إبطالا لحق الغرماء بخلاف مابعده من المسألتين لأنه حصل فى يده مثل مانقد وحق الغرماء تعلق بمعنى التركة لا بالصورة فإذا حصل له مثله لايعد تفويتا كما فى الكفاية ، وهذا فى الأجرة المستوفية المنفعة أما إذا كانت الأجرة مشروطة التعجيل ، وامتنع من تسليم العين المؤجرة حتى يقبض الأجرة فهى كمسألة ثمن المبيع الآتية الذى امتنع من تسليمه حتى يقبض ثمنه (قوله إلا فى مسألتين الخ) وذلك لأن المريض إنما منع من قضاء دين بعض الغرماء لما فيه من إسقاط حق الباقين فإذا حصل للغرماء مثل ماقضى ، ولم يسقط من حقهم شيء جاز القضاء ، ولأن حق الغرماء فى معنى التركة لا فى عينها كما مر . فإذا اشترى عبدا وأوفى ثمنه من التركة فمعنى التركة حاصل لهم لم يسقط منه شيء فجاز مافعله ط (قوله أو بمثل القيمة) والزيادة تبرع فهى وصية (قوله أى ثبت كل منهما) أى من القرض والشراء (قوله بخلاف إعطاء المهر ونحوه) أى كإيفاء أجرة عليه ، وذكرهما ليفيد الحكم فيهما وفيما ذكره المصنف بعد .

قال فى خزانة المفتين : المريض إذا تزوج امرأة وأعطاها مهرها يسترد منها ما أخذت ويكون بين الغرماء بالحصص ، والمرأة واحدة منهم بخلاف ثمن المبيع ، فإن الثمن يسلم للدافع أى للبائع الذى دفع السلعة ، أما إذا لم يدفعها فإن له حبسها حتى يقبض الثمن على كل حال ، ولكن ينظر الفرق بين المهر وبدل الأجرة ، وبين ثمن المبيع والقرض والفرق أن المهر تبرع من وجه وصلة وعوض من وجه فباعتبار ما فيه من المعاوضة تشارك الغرماء ، وباعتبار ما فيه من الصلة والتبرع يسترد ما أخذته فى المرض والأجرة بعد استيفاء المنفعة دين فى ذمة المستأجر فساوت بقية الديون أما قضاء ما استقرض فى مرضه لا يسترد دفعا للحرج ، لأن المقرض إذا علم عدم وفائه فى المرض يمتنع عن إقراضه وكذا البائع فيلحق المريض الحرج ، وما جعل عليكم فى الدين من حرج (قوله وما إذا لم يؤد) أى وبخلاف ما إذا لم يؤد بدل ما استقرض أو ثمن ما اشترى فى المرض (قوله فإن البائع) أى والمقرض (قوله أسوة) بضم الهمزة وكسرها وبهما قرئ فى السبع (قوله فى الثمن) الأولى أن

المبيعة (فى يده) أى يد البائع فإن كانت كان أولى (وإذا أقر) المريض (بدين ثم) أقر (بدين تحاصا وصل أو فصل) للاستواء ولو أقر بدين ثم وديعة تحاصا وبعكسه الوديعة أولى (وإبراؤه مديونه وهو مديون غير جائز) أى لا يجوز (إن كان أجنبيا وإن) كان (وارثا فلا) يجوز (مطلقا) سواء كان المريض مديونا أولا للتهمة وحيلة صحته أن يقول لا حق لى عليه كما أفاده بقوله (وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب شىء) يشمل الوارث وغيره

يقول فى التركة (قوله كان أولى) فتباع ويقضى من ثمنها ماله فإن زاد رده فى التركة ، وإن نقص حاصص بنقصه كما لا يخفى (قوله أقر المريض الخ) ولو للمريض على الوارث دين فأقر بقبضه لم يجز ، سواء وجب الدين بصحته أولا على المريض دين أو لا فصولين (قوله ثم أقر بدين) وقد تساوى الدينان صحة أو مرضا (قوله للاستواء) فى الثبوت فى ذمة المقر (قوله ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا) لأنه لما بدأ بالإقرار بالدين تعلق حق الغريم بالألف التى فى يده ، فإذا أقر أنها وديعة يريد أن يسقط حق الغريم عنها فلا يصدق إلا أنه قد أقر بوديعة تعذر تسليمها بفعله ، فصارت كالمستهلكة فتكون دينا عليه ، ويساوى الغريم الآخر فى الدين ولو أقر بوديعة ثم بدين ، فصاحب الوديعة أولى بها لأنه لما بدأ بالوديعة ملكها المقر له بعينها فإذا أقر بدين لم يجز أن يتعلق بمال الغير ط عن الحموى (قوله وبعكسه الوديعة أولى) يعنى أن الألف المعين يصرف للوديعة من غير محاصصة فيه لأنه حين أقر بها علم أنها ليست من تركته ثم إقراره بالدين لا يكون شاغلا لما لم يكن من جملة تركته بزازية .

والحاصل : أن فى الصورة الأولى يتحاصان وفى الصورة الثانية ينصرف للوديعة من غير تحاصص ويلزمه ما أقر به ، وإقراره بمال فى يده إنه بضاعة أو مضاربة حكمه مساو للوديعة كما فى البدائع (قوله وإبراؤه مديونه وهو مديون) أى بمستغرق قيد به احترازا عن غير المديون فإن لم يكن مديونا وأبرأ الأجنبى فهو نافذ من الثلث كما فى الجوهرة .

قال أبو السعود فى حاشية الأشباه ما نصه : ليس على إطلاقه بل يقيد أن لا يبقى له من المال الفارغ عن الدين ما يمكن خروج القدر المبرأ من ثلثه ولابد من قيد آخر وهو أن يكون له وارث ولم يجز (قوله للتهمة) علله أبو السعود فى حاشية الأشباه بقوله : لأن إبراء الوارث فى مرض موته وصية : وهى للوارث لا تجوز ما لم يجز الوارث الآخر لكن الشارح تبع المنح والأظهر ما نقلناه عن أبى السعود (قوله إن كان أجنبيا) إلا أن يكون الوارث كفيلا عنه فلا يجوز إذ يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل جامع الفصولين ولو أقر باستيفائه دينه منه صدق كما بسطه فى الولوالجية (قوله وإن كان وارثا فلا يجوز) أى سواء كان من دين له عليه أصالة أو كفالة وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره فصولين (قوله وحيلة صحته الخ) قال فى الأشباه : وهى الحيلة فى إبراء المريض وارثه مرض موته ، بخلاف قوله : أبرأتك فإنه يتوقف كما فى حيل الحاوى القدسى ، وعلى هذا لو أقر المريض بذلك لأجنبى لم تسمع الدعوى عليه بشىء من الوارث فكذا إذا أقر بشىء لبعض ورثته كما فى البزازية (قوله يشمل الوارث وغيره) صرح به فى جامع الفصولين حيث قال : مريض له على وارثه دين ، فأبرأه لم يجز ولو قال : لم يكن لى عليك شىء ، ثم مات جاز إقراره قضاء لا ديانة اه وينبغى لو ادعى الوارث الآخر أن المقر كاذب فى إقراره ، أن يحلف المقر له بأنه لم يكن كاذبا بناء على قول أبى يوسف المفتى به كما مر قبيل باب الاستثناء

(صحيح قضاء لا ديانة) فترتفع به مطالبة الدنيا لا مطالبة الآخرة حاوى إلا المهر فلا يصح على الصحيح بزازية أى لظهور أنه عليه غالبا بخلاف إقرار البنت فى مرضها بأن الشيء الفلانى ملك أبى أو أمى لا حق لى فيه أو أنه كان عندى عارية فإنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه

وفى البزازية: ادعى عليه ديونا ومالا ووديعة، فصالح الطالب على يسير سرا وأقر الطالب فى العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء وكان ذلك فى مرض المدعى، ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثى عليه أموال كثيرة، وإنما قصد حرماننا لا تسمع، وإن كان المدعى عليه وارث المدعى وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اه، وينبغى أن يكون فى مسألتنا كذلك لكن فرق فى الأشباه بكونه متهما فى هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اه.

قلت: وكثيرا ما يقصد المقر حرمان بقية الورثة فى زماننا، وتدل عليه قرائن الأحوال القريبة من الصريح فعلى هذا تسمع دعواهم بأنه كان كاذبا وتقبل بينتهم على قيام الحق على المقر له وكذا الحكم يجرى لو ادعى وارث المقر، فيحلف والنفى عبر عنه فى البحر هنا بالإقرار وتارة عبر عنه بالإبراء فى أول الإقرار، وفى الصلح وكذا البزازى، وحينئذ فما فى المتن إما إقرار أو إبراء وكلاهما لا يصح للوارث كما فى المتون والشروح فما فى المتن هنا غريب لا يعول عليه، لئلا يصير حيلة لإسقاط الإرث الجبرى مع ضعفه ويوضحه ما لو قالوا قصد حرماننا بذلك تسمع دعواهم كما سمعت ويأتى والله تعالى أعلم (قوله صحيح قضاء لا ديانة) لأنه فى الديانة لا يجوز إذا كان بخلاف الواقع، ونفس الأمر بأن كان له فى الواقع عليه شيء لاستلزامه إيثار بعض الورثة، وحرمان البعض إذ لو قال طابق الواقع إقراره بأن لم يكن عليه شيء لصح قضاء وديانة كما لا يخفى (قوله إلا المهر) أى إذا قالت فى مرض موتها لا مهر لى عليه أو لم يكن لى عليه مهر (قوله على الصحيح) مقابله ما فى المنح عن البزازية معزيا إلى حيل الخصاف قالت فيه ليس على زوجى مهر أو قال فيه لم يكن لى على فلان شيء يبرأ عندنا خلافا للشافعى اه (قوله لظهور أنه عليه غالبا) لعل المراد ما تعورف تأجيله غالبا تأمل (قوله بخلاف) راجع إلى قوله فلا يصح (قوله فإنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه) اعلم أن صاحب الأشباه استنبط هذه المسألة من مسألة الإقرار المصدر بالنفى، وقال: إن هذا الإقرار منها أى البنت بمنزلة قولها لا حق لى فيه، فيصح وليس من قبيل الإقرار بالعين للوارث لأنه فيما إذا قال هذا لفلان فليتأمل ويراجع المنقول اه.

وأقره على ذلك المصنف فى منحه حيث قال: وفى التاترخانية من باب إقرار المريض معزيا إلى العيون: ادعى على رجل مالا وأثبته وأبرأه لا تجوز براءته إن كان عليه دين، وكذا لو أبرأ الوارث لا يجوز سواء كان عليه دين أولا، ولو أنه قال لم يكن لى على هذا المطلوب شيء ثم مات جاز إقراره فى القضاء اه.

وفى البزازية معزيا إلى حيل الخصاف قالت فيه ليس لى على زوجى مهر وقال فيه لم يكن لى على فلان شيء يبرأ عندنا خلافا للشافعى اه وفيها قبله وإبراء الوارث لا يجوز فيه قال فيه: لم يكن لى عليه شيء ليس لورثته أن يدعوا عليه شيئا فى القضاء وفى الديانة لا يجوز هذا الاقرار وفى الجامع: أقر الابن فيه أنه ليس له على والده شيء من تركة أمه صح، بخلاف ما لو أبرأه أو وهبه وكذا لو أقر بقبض ماله منه اه.

وبهذا علم صحة ما أفتى به مولانا صاحب البحر: فيما لو أقرت البنت فى مرض موتها بأن الأمتعة الفلانية ملك أبيها لا حق لها فيها أنه يصح، ولا تسمع دعوى زوجها فيها مستندا إلى ما ذكرناه وقد خالفه فى ذلك شيخنا

أمين الدين ابن عبد العال المصرى ، وأفتى بعدم الصحة مستندا إلى عامة ما فى المعتبرات من أن الإقرار للوارث لا يصح وكثير من النقول الصحيحة يشهد بصحة هذا أى إفتاء صاحب البحر ، وليس هذا من قبيل الاقرار لوارث كما لا يخفى .

قال مولانا صاحب البحر : ولا ينافيه ما فى البزازية معزيا للذخيرة قولها فيه لا مهر لى عليه أولا شىء لى عليه أولم يكن لى عليه مهر قيل يصح وقيل لايصح والصحيح أنه لايصح اه لأن هنا فى خصوص المهر لظهور أنه عليه غالبا ، وكلا منا فى غير المهر ولا ينافيه أيضا ما ذكره فى البزازية أيضا بعده : ادعى عليه مالا وديونا ووديعة ، فصالح مع الطالب على شىء يسير سرا ، وأقر الطالب فى العلانية أنه لميكن له على المدعى عليه شىء وكان ذلك فى مرض المدعى ، ثم مات ليس لورثته أن يدعوا على المدعى عليه بشىء ، وإن برهنوا على أنه كان لمورثنا عليه أموال لـكنه قصد بهذا الإقرار حرماننا لاتسمع ، وإن كان المدعى عليه وارث المدعى ، وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار وكان عليه أموال تسمع اه لـكونه متهما فى الدعوى عليه والصلح معه على يسير والـكلام عند عدم قرينة على التهمة والله تعالى أعلم اه ما ذكره فى المنح ، وأقره على ذلك الشارح كما ترى قال محشيه الفاضل الخير الرملى قوله : وبهذا علم صحة ما أفتى به مولانا صاحب البحر الخ .

أقول : لا شاهد له على ذلك مما تقدم وحيث كانت الأمتعة فى يد البنت المقرة لا يصح إقرارها بها لأبيها يدل عليه ما صرح به الزيلعى وغيره من أنه لو أقر بعين فى يده لآخر لا يصح فى حق غرماء الصحة ، وإذا لم يصح فى حق غرماء الصحة لا يصح فى حق بقية الورثة لاشتراكهما فى الحكم لشمول العلة وهى التهمة لهما ، وما قدمه من قوله بخلاف إقراره بأن هذا العبد لفلان ، فإنه كالدين فإذا كان كالدين فـكيف يصح الإقرار به للوارث ، أما عدم شهادة ما تقدم له فبيانه أن قوله : ليس لى على فلان أو لم يكن لى عليه دين مطابق لما هو الأصل من خلو ذمته عن دينه ، فلم يكن من باب الإقرار له فصار كاعترافه بعين فى يد زيد بأنها لزيد فانتفت التهمة ، ومثله ليس له على والده شىء من تركة أمه ، وليس لى على زوجى مهر على القول المرجوح وقدعلمت أن الأصح أنه لا يصح بخلاف الأمتعة التى بيد المقرة ، فإنه إقرار بها للوارث بلا شك ، لأن أقصى ما يستدل به على الملك اليد ، فقد أقرت بما هو ملـكها ظاهرا لوارثها فأنى يصح وأنى تنتفى التهمة ، وقوله : وكثير من النقول الصحيحة تشهد بصحة هذا ، وليس هذا من باب الإقرار لوارث غير صحيح لأنا لم نجد فى النقول الصحيحة ولا الضعيفة ما يشهد بصحته ، ووجدنا النقول مصرحة بأن الإقرار بالعين التى فى يد المقر كالإقرار بالدين ، ولم يبعد عهدك بنقلها وقول صاحب البحر ولا ينافيه الخ .

أقول : بل يفهم منه عدم الصحة بالأولى : وذلك لأنه إذا لم يصح فيما فيه الأصل براءة الذمة فـكيف يصح فيما فيه الملك مشاهد ظاهرا باليد نعم لوكانت فى الأمتعة يد الأب هى المشاهدة لا يد البنت ، فلا كلام فى الصحة فالحق ما أفتى به ابن عبد العال ويدل أيضا لصحة ما قلنا ما فى شرح القدورى المسمى بمجمع الرواية من قوله قال فى حاشية الهداية قوله وإقرار المريض لوارثه لايصح إلا أن يصدقه بقية الورثة هذا إشارة إلى أن إقرار المريض لوارثه إذا كان هناك وارث آخر غير المقر له إنما لا يصح لا لعدم المحلية بل لحق بقية الورثة فإذا لم يكن له وارث غير المقر له صح إقراره دل عليه ما ذكر فى الديات إذا ماتت المرأة وتركت زوجا وعبدين

لا مال لها غيرهما فأقرت أن هذا العبد بعينه وديعة لزوجها عندها ، ثم ماتت فذلك جائز ويكون العبد للزوج بالإقرار بالوديعة والعبد الآخر ميراث نصفه للزوج ونصفه لبيت المال اه . فهذا صريح فى أنه إذا كان هناك وارث غير الزوج وغير بيت المال لايصح إقرارها بالعبد للزوج ، وأى فرق بين قول البنت هذه الأمتعة التى بيدى ، أو فى بيتى ملك أبى لا حق لى فيها ، وبين قول الزوجة هذا العبد ملك زوجى ، فإن كان زيادة لاحق لى فيها فهذا نفى حقها المشاهد باليد ظاهرا بعد إثباته للأب ، وبه لا يخرج عن كونه إقرارا للوارث بعين فى يده فتأمل اه ما ذكره الشيخ خير الدين الرملى رحمه الله تعالى فالعجب من الشارح مع قول شيخه الخير الرملى فى حاشيته على الأشباه أيضا : أن كل ما أتى به من الشواهد لايشهد له مع تصريحهم بأن إقرار المريض بعين فى يده لوارثه لايصح ، ولا شك أن الأمتعة التى بيد البنت ، وملكها فيها ظاهر باليد إذا قالت : هى ملك أبى لا حق لى فيها إقرار بالعين للوارث ، بخلاف قوله لم يكن لى عليه شىء أو لا حق لى عليه ، أو ليس لى عليه شىء ونحوه من صور النفى لتمسك النافى فيه بالأصل ، فكيف يستدل به على مدعاه ، ويجعله صريحا فيه ثم قال : وقد خالفه فى ذلك علماء عصره بمصر ، وأفتوا بعدم الصحة ، ومنهم والد شيخنا الشيخ أمين الدين بن عبد العال ، وبعد هذا البحث والتحرير رأيت شيخ شيخنا شيخ الإسلام الشيخ على المقدسى رد على المؤلف : أى صاحب الأشباه كلامه ، وكذلك الشيخ محمد الغزى على هامش نسخة الأشباه والنظائر ، فقد ظهر الحق واتضح ولله الحمد والمنة اه كلام الخير الرملى أيضا وتبعه السيد الحموى فى حاشية الأشباه ، وكذلك رد عليه العلامة جوى زاده كذا رأيته منقولا عنه فى هامش نسختى الأشباه ، ورد عليه أيضا العلامة البيرى وقال بعد كلام : وعليه فلا يصح الاستدلال لمفت ، ولا لقاض بما أفتى به من صحة الإقرار للوارث بالعروض فى مرض الموت الواقع فى زماننا لأن الخاص والعام يعلمون أن المقر مالك لجميع ما حوته داره لاحق فيه للمقر له بوجه من الوجوه وإنما قصد حرمان باقى الورثة أى تهمة بعد هذه التهمة يا عباد الله اه وكذا رد عليه الشيخ إسماعيل الحائك مفتى دمشق الشام سابقا حيث سئل : فيمن أقر فى مرضه أن لا حق له فى الأمتعة المعلومة مع بنته وملكه فيها ظاهر .

فأجاب بأن الإقرار باطل على ما اعتمده المحققون ، ولو مصدرا بالنفى خلافا للأشباه وقد أنكروا عليه اه، وكذا رد عليه شيخنا السائحانى وغيره .

والحاصل كما رأيته منقولا عن العلامة جوى زاده أن الأمتعة إن كانت فى يد البنت فهو إقرار بالعين للوارث بلا شك وإن لم تكن فى يدها فهو صحيح ، وبه يشعر كلام الخير الرملى المتقدم ، وصرح به أيضا فى حاشيته على المنح ، وأطال فى الرد على الأشباه كما علمت .

مطلب الإقرار للوارث موقوف إلا فى ثلاث

فإن قلت : قد ذكر الشارح فيما يأتى عن الأشباه أن إقراره للوارث موقوف إلا فى ثلاث : منها : إقراره كلها الخ وقول البنت هذا الشىء لأبى إقرار بالأمانة بالأمانات فيصح وإن كان فى يدها .

قلت : المراد يصح إقرارها بقبض الأمانة التى له عند وارثه لأن صاحب الأشباه ذكر عن تلخيص الجامع أن الإقرار للوارث موقوف إلا فى ثلاث : لو أقر باتلاف وديعته المعروفة ، أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه ثم قال فى الأشباه : وينبغى أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات

كما بسطه فى الأشباه قائلا فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات كتابى .

(وإن أقر المريض لوارثه) بمفرده

كلها ولو مال الشركة أو العارية والمعنى فى الكل أنه ليس فيه ايثارا لبعض اه يعنى أن الوديعة فى قوله : أو أقر بقبض ماكان عنده وديعة غير قيد : بل ينبغى أن يلحق بها الأمانات كلها فيكون إقراره بقبضها كاقراره بقبض الوديعة، ويؤيد هذا البحث ماقدمناه عن نور العين من قوله : مريض عليه دين محيط فأقر بقبض وديعة أوعارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره ، لأن الوارث لوادعى ردالأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اه .

فقد تبين لك أنه ليس المراد إقراره بأمانة عنده لوارثه بل المراد ما قلنا فتنبه لذلك ، فإنى رأيت من يخطىء فى ذلك مع أن النقول صريحة بأن إقراره لوارثه بعين غير صحيح كما مر ثم إن ما ذكره فى الأشباه من استثناء المسئلة الثالثة الظاهر أنه يستغنى عنه بالثانية ، لأن المريض إذا كان له دين على أجنبى ، فوكل المريض وارثه بقبض الدين المذكور فقبضه صار ذلك الدين أمانة فى يد الوارث فإذا أقر بقبضه منه فقد أقر له بقبض ما كان له أمانة عنده ، لأن المال فى يد الوكيل أمانة تأمل .

وقد ذكر فى جامع الفصولين صورة المسئلة الأولى من المسائل الثلاث فقال : صورتها أودع أباه ألف درهم فى مرض الأب أوصحته عند الشهود ، فلما حضره الموت أقر باهلاكه صدق إذ لو سكت ومات ولايدرى ما صنع كانت فى ماله فإذا أقر بإتلافه فأولى اه وقوله : عند الشهود قيد به لتكون الوديعة معرفة بغير إقراره ولهذا قيد فى الأشباه بقوله : المعروفة فيدل على أنه لو أقر باهلاك وديعة لوارثه ولا بينة على الايداع لا يقبل قوله وبه تعلم ما فى عبارة المصنف والشارح من الخلل حيث قال : بخلاف إقراره له أى لوارثه بوديعة مستهلكة فإنه جائز .

وصورته : أن يقول : كانت عندى وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها جوهرة اه فإنه كان عليه أن يقول بخلاف إقراره له باستهلاك وديعة معرفة فإنه جائز فاغتنم ذلك (قوله كما بسطه فى الأشباه الخ) أقول : وقد خالفه علماء عصره ، وأفتوا بعدم الصحة كما علمت .

وقد كتب العلامة الحموى فى حاشية الأشباه فى الرد على عبارتها فقال : كل ما أتى به المصنف أى صاحب الأشباه لا يشهد له مع تصريحهم بأن إقراره بعين فى يده لوارثه لا يصح ، ولا شك أن الأمتعة التى بيد البنت ملكها فيها ظاهر باليد فإذا قالت : هى ملك أبى لا حق لى فيها ، فيكون إقرارا بالعين للوارث بخلاف قوله : لم يكن لى عليه شىء أولا حق لى عليه أو ليس لى عليه شىء ونحوه من صورة النفى لتمسك النافى فيه بالأصل ، فكيف يستدل به على مدعاه ، ويجعله صريحا فيه .

وذكر الشيخ صالح فى خاشيته على الأشباه متعقبا لصاحبها فى هذه المسئلة مانصه : أقول : ما ذكره المصنف هنا لا يخرج عن كونه إقرارا للوارث بالعين ، وهو غير صحيح وبه أفتى شيخ الإسلام أمين الدين وليس هذا داخلا تحت صور النفى التى ذكرها مستدلا بها ، وقال أخو المؤلف الشيخ عمر بن نجيم : لا يخفى مافى إقرارها من التهمة خصوصا إذاكان بينها وبين زوجها خصومة كتزوجه عليها وقال البيرى : الصواب أن ذلك إقرار للوارث بالعين بصيغة النفى ، ولا نزاع فى عدم صحة ذلك للوارث فى مرض الموت ، وما استند له المصنف مفروض فى إقرار بصيغة النفى فى دين لا فى عين ، والدين وصف قائم بالذمة وإنما يصير مالا باعتبار قبضه اه

أو مع أجنبي بعين أو دين (بطل) خلافاللشافعي رضي الله تعالى عنه. ولنا حديث « لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين» (إلا أن يصدقه) بقية (الورثة) فلو لم يكن وارث آخر أو أوصى لزوجته أو هي له صحت الوصية

وقول المصنف ، وليس هذا من قبيل الإقرار للوارث فيه نظر (قوله أو مع أجنبي) قال في نور العين : أقر لوارثه ولأجنبي بدين مشترك بطل إقراره عندهما تصادقا في الشركة أو تكاذبا ، وقال محمد للأجنبي بحصته، لو أنكر الأجنبي الشركة ، وبالعكس لم يذكره محمد ويجوز أن يقال: إنه على اختلاف والصحيح أنه لم يجز على قول محمد كما هو قولهما اهـ لهما أن الاقرار إخبار ، ولا يصح أن ينفذ على خلاف الوجه الذي أقر به ، فإذا أقر مشتركا لا يمكن أن ينفذ غير مشترك . وفي أحكام الناطفي : لو أقر لاثنين بألف فرد أحدهما وقبل الآخر فله النصف (قوله بعين) قيست على الدين المذكور في الحديث ومثال العين أن يقر المريض بأن هذه العين وديعة وارثي أو عاريته أو غصبتها أو رهنتها منه (قوله بطل) أي على تقدير عدم الاجازة وإلا فهو موقوف اهـ منح لكنه لو طلب سلم إليه ثم إن مات لا يرد لا احتمال صحة الإقرار بالتحاق صحة المريض اهـ حموي عن الرمز (قوله ولنا حديث «لاوصية لوارث ولا إقرار له بدين») رواه الدار قطني لكن في المبسوط أن الزيادة شاذة ولذلك تركها في الدرر والمشهور: لا وصية لوارث ولدلالة نفي الوصية على نفي الاقرار له بالطريق الأولى، لأن بالوصية إنما يذهب ثلث المال ، وبالإقرار يذهب كله فابطالها إبطال للإقرار بالطريق الأولى كما في المنبع . فظهر أن ما يقال المدعى عدم جواز الإقرار والدليل دليل على عدم جواز الوصية .

فالصواب ما أتى به صاحب الهداية ساقط غايته أن الدليل لم ينحصر على عبارة النص كما صرح به في الأصول (قوله إلا أن يصدقه بقية الورثة) أي بعد موته ولا عبرة لاجازتهم قبله كما في خزانة المفتين وإن أشار صاحب الهداية لضده ، وأجاب به ابنه نظام الدين وحافده عماد الدين ذكره القهستاني شرح الملتقى .

وفي النعيمية: إذا صدق الورثة إقرار المريض لوارثه في حياته لايحتاج لتصديقهم بعد وفاته وعزاه لحاشية مسكين قال فلم تجعل الإجازة كالتصديق ولعله لأنهم أقروا اهـ .

قال العلامة أبو السعود في حاشية مسكين : وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح إلا أن يصدقه البقية زيلعي ، فإذا صدقوه في حياة المقر فلا حاجة إلى التصديق بعد الموت ، بخلاف الوصية بما زاد على الثلث حيث لا تنفذ إلا باجازة الورثة بعد موت الموصي حموي.اهـ .

أقول : ينبغي أن يكون على هذا المنوال رضا الغرماء قبل موته تدبر .

وأقول : وكذا وقف بيعه لوارثه على إجازتهم كما قدمه في باب الفضولي وأشار في الخزانة إلى أنهم لو قالوا أجزنا إقراره في حياته فلهم الرجوع : أي فلا مخالفة لأن التصديق كصريح الإقرار بخلاف الإجازة (قوله فلو لم يكن وارث آخر) أي ذو فرض أو تعصيب أو رحم محرم (قوله أو أوصى لزوجته) يعني ولم يكن له وارث آخر وكذا في عكسه كما في الشرنبلالية وفي بعض النسخ : وأوصى بدون ألف وهي الأولى لأنه تصوير للوصية للوارث الذي ليس له وارث غيره وذلك لا يتصور بغير أحد الزوجين لما قاله من أن غيرهما يرث فرضا وردا (قوله صحت الوصية) ولو كان معها بيت المال لما أنه غير وارث ، بل يوضع فيه المال على أنه مال ضائع لابطريق الارث، فلا يعارضه الوصية والإقرار ولا المحاباة، كما أفاده الخير الرملي في فتاواه آخر الوصايا قال فيها وحيث لاوارث نفذت محاباتها مع زوجها بلا توقف ، ولو أوصت بكل مالها نفذت وصيتها له لكن قد يقال: إن ما ذكره الشارح أنه لا يوافق مسئلة المصنف ، لأن موضوعها الإقرار لا بملاحظة أن هذا الإقرار يكون وصية

وأما غيرهمافيرث الكل فرضا وردا فلا يحتاج لوصية شرنبلالية .
وفى شرحه للوهبانية : أقر بوقف لا وارث له فلو على جهة عامة صح تصديق السلطان أو نائبه ، وكذا لو وقف خلافا لما زعمه الطرسوسى فليحفظ (ولو)كان ذلك (إقرارا بقبض دينه) أو غصبه أو رهنه

بدليل قوله إلا أن يصدقه الورثة فإنه يصح الإقرار ، إن لم يكن وارث آخر .
والحاصل : أن المسئلة في حد ذاتها صحيحة إلا أنها لاتوافق مسئلة المصنف لما ذكرنا تأمل (قوله وأما غيرهما) أى غير الزوجين ولو كان ذارحم شرنبلالية (قوله فرضا وردا) المناسب زيادة أو تعصيبا ط (قوله فلا يحتاج لوصية شرنبلالية) والحاصل أن إقرار المريض لوارثه لايصح إذاكان هناك وارث آخر غير المقر له لالعدم المحلية بل لحق الورثة فإذا لم يكن له وارث آخر غير المقر له صح إقراره (قوله أقر بوقف الخ) هذا كلام مجمل يحتاج إلى بيان ذكر الشارح العلامة عبد البر عن الخانية : رجل أقر فى مرضه بأرض فى يده أنها وقف إن أقر بوقف من قبل نفسه كان من الثلث كما لو أقر المريض بعتق عبده ، وإن من جهة غيره إن صدقه ذلك الغير أو ورثته جاز فى الكل ، وإن لم يبين أنه منه أومن غيره فهو من الثلث وفى منية المفتى مثله ، وسواء أسند الوقف إلى حال الصحة أولم يسند فهو من الثلث إلا أن يجيز الورثة أو يصدقوه فى الاسناد إلى الصحة ولوكان المسند إليه مجهولا أو معروفا ولم يصدق ، ولم يكذب أو مات ، ولا وارث له إلا بيت المال فالظاهر أنه يكون من الثلث ، لأن التصديق منه أو من الوارث شرط فى كونه من جميع المال ، وفرع عليه صاحب الفوائد أنه لا يعتبر تصديق السلطان فيما إذا لم يكن له وارث إلا بيت المال ، وهـذا منقول من كلام شيخنا وإن قاله الطرسوسى تفقها اهـ بتصرف .
وفى شرح الشرنبلالى : وإن أجاز ورثته أو صدقوه فهو من جميع المال لأنه مظهر باقراره لا منشئ فلو لم يكن للغير وارث .
قال المصنف : لا يعتبر تصديق السلطان كذا أطلقه .
قلت : وهذا فى الوقف لا على جهة عامة ظاهر لتضمنه إقراره على غيره ، وإبطال حق العامة ، وأما الوقف على جهة عامة فيصح تصديق السلطان كإنشائه لما تقدم من صحة وقف السلطان شيئا من بيت المال على جهة عامة ، ثم لايخفى أن المقر إذا لم يسنده لغيره ولم يكن له وارث تجوز إجازة السلطان ، ومن له بيت المال كذا فى البزازية ولمنافيه رسالة ولايعمل بما فهمه الطرسوسى كما نقله المصنف عنه من أنه يكون من الثلث مع عدم اعتبار تصديق السلطان أنه نافذ من كل المال ط (قوله فلو على جهة عامة) كبناء القناطر والثغور (قوله صح بتصديق السلطان) لأن له أن يفعل ذلك من بيت المال ، ومن حكى أمرا يملك استئنافه صدق (قوله وكذا لو وقف) أى أنشأ وقفا فى مرض موته ، ولا وارث له على جهة عامة ، فإنه ينفذ من الجميع بتصديق السلطان (قوله خلافا لما زعمه الطرسوسى) هو يقول : لو لم يكن له وارث إلا بيت المال لا يعتبر تصديق السلطان بل يكون من الثلث كما يؤخذ من شرح الوهبانية لعبد البر السابقة ووجه فساد ما زعمه الطرسوسى أن الوقف والحالة هذه وصية وهى مقدمة على بيت المال ، بل لا يحتاج ذلك لتصديق السلطان (قوله ولو كان ذلك) أى الاقرار ولو وصلية (قوله إقرارا بقبض دينه أو غصبه) بأن أقر أنه قبض ما غصبه وارثه منه .
قال فى الخانية : لايصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ، ولا من كفيل وارثه ، ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثا فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبى يوسف لا عند محمد

ونحو ذلك (عليه) أى على وارثه أو عبد وارثه أو مكاتبه لا يصح لوقوعه لمولاه ولو فعله ثم برئ ثم مات جاز كل ذلك لعدم مرض الموت اختيار ولو مات المقر له

ويأتى تمامه وقيد بدين الوارث احترازا عن إقراره باستيفاء دين الأجنبى والأصل فيه أن الدين لو كان وجب له على أجنبى فى صحته جاز إقراره باستيفائه، ولو عليه دين معروف، سواء وجب ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال الثمن أولا كبدل صلح دم العمد والمهر ونحوه، ولو دينا وجب له فى مرضه، وعليه دين معروف أو دين وجب عليه بمعاينة الشهود بمرضه فلو ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال لم يجز إقراره: أى فى حق غرماء الصحة أو المرض بمعاينة الشهود كما فى البدائع ولو بدلا عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه، ولو عليه دين معروف جامع الفصولين.

وفيه: لو باع فى مرضه شيئا بأكثر من قيمته فأقر بقبض ثمنه والمسألة بحالها من كون المقر مديونا دينا معروفا ببينة لم يصدق وقيل للمشترى أد ثمنه مرة أخرى أو انقض البيع عند أبى يوسف، وعند محمد يؤدى قدر قيمته أو ينقض البيع.

قال فى جامع الفصولين: أقر بدين لوارثه أو لغيره، ثم برىء فهو كدين صحته، ولو أوصى لوارثه ثم برئ بطلت وصيته اهـ.

وفى الخلاصة: نفس البيع من الوارث لا يصح إلا بإجازة الورثة يعنى فى مرض الموت وهو الصحيح وعندهما يجوز لكن إن كان فيه غبن أو محاباة يخير المشترى بين الرد وتكميل القيمة اهـ.

أقول: وبيان ماتقدم أن حق الغرماء يتعلق بذمة المديون فى الصحة فإذا مرض تعلق بمعنى التركة، وهى أعيانها والدين مطلقا ليس منها فلم يكن أتلف عليهم بهذا الإقرار شيئا وأما إذا مرض وتعلق حقهم بعين التركة فإذا باع منها شيئا أو أقر باستيفاء ثمنه فقد أتلف عليهم وقوله: وقيل للمشترى أد ثمنه مرة أخرى أى على زعمك وإلا بأن أقروا أى الغرماء بدفع الثمن لا يكون لهم مطالبة، وهذا الفرع مشكل من حيث أن البيع صحيح نافذ فكيف يتخير والحالة هذه بين نقض البيع أو تأدية الثمن. وقول محمد أشد إشكالا من حيث إن الواجب فى البيع الثمن دون القيمة ويمكن تصويره على قول الإمام، وذلك بأن يكون المشترى وارثا والبيع منه غير نافذ عنده، بل موقوف على إجازة الورثة فإذا ولم يجيزوا ولم يردوا كان للمشترى الخيار. وحينئذ يخير بين الفسخ وعدمه: فإذا قالت له الورثة: إن شئت فادفع الثمن لنجيز البيع، وإن شئت رد علينا بخيارك صح لكن يشكل عليه قول محمد وأن القولين منسوبان للصاحبين، وهما يجيزان البيع من الوارث مطلقا غير أنه يقال له فى صورة المحاباة أد القيمة أو افسخ تأمل (قوله ونحو ذلك) كأن يقر أنه قبض المبيع فاسدا منه أو أنه رجع فيما وهبه له مريضا حموى ط أو أنه استوفى ثمن ما باعه كما فى الهندية (قوله بقبض دينه) فيه إشارة إلى أن إقراره بقبض وديعة له كانت عنده صحيح وبه صرح فى الأشباه ثم قال: وينبغى أن يلحق بذلك الإقرار بالأمانات كلها (قوله لا يصح لوقوعه لمولاه) ملكا فى العبد والمكاتب إذا عجز وحقا فيه إن لم يعجز نفسه.

والحاصل: أنه لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دين من وارثه، ولا من كفيل وارثه أو عبد وارثه لأن الإقرار لعبد الوارث إقرار لمولاه، وما أقر به للمكاتب فيه حق لمولاه لذلك قال فى المنح، لأنه يقع لمولاه ملكا أو حقا اهـ (قوله ولو فعله) أى الإقرار بهذه الأشياء للوارث (قوله ثم برئ) أى من مرضه (قوله لعدم مرض الموت) فلم يتعلق به حق الورثة (قوله ولو مات المقر له) أى الوارث للمقر ثم المريض المقر

ثم المريض وورثه المقر له من ورثة المريض جاز إقراره كإقراره للأجنبي بحر وسيجيء عن الصيرفية (بخلاف إقراره له) أى لوارثه (بوديعة مستهلكة) فإنه جائز .
وصورته أن يقول : كانت عندى وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها جوهرة .
والحاصل : أن الإقرار للوارث ،وقوف إلا فى ثلاث مذكورة فى الأشباه

(قوله وورثة المقر له من ورثة المريض) صورته : أقرلابن ابنه ثم ماتابن الابن عن أبيه ثم مات المقر عن ذلك الابن فقط أو ابنين أحدهما والد المقر له أو أقر لامرأته بدين فماتت ثم مات هو وترك منها وارثا (قوله جاز إقراره) عند أبى يوسف آخرا ومحمد لخروجه عن كونه وارثا فى الصورة الأولى وفى الصورة الثانية : فلأن العبرة لكون المقر له وارثا أولا وقت موت المقر : وهى إذ ذاك ليست وارثة ،لأن الميت ليس بوارث وهذا هو الذى يأتى قريبا عن الصيرفية (قوله كإقراره للأجنبى) يعنى لوكان المقر له أجنبيا ومات قبل المقر وورثه ورثة المقر فإن إقراره جائز لأنه لم يقر لوارث حين أقر ، أما فى الأجنبى فظاهر ، وأما فى الوارث الذى مات فإنه بموته قبل المقر خرج عن كونه وارثا له.قال فى المنح واو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز إقراره عند أبى يوسف أولا وقال آخرا يجوز وهو قول محمد (قوله وسيجيء) أى قريبا (قوله بوديعة مستهلكة) أى وهى معروفة لعدم التهمة ، ولو كذبناه ومات وجب الضمان من ماله لأنه مات مجهلا ، وعليه بينة فلا فائدة فى تكذيبه ، ولو كانت الوديعة غير معروفة لايقبل إقراره باستهلاكها إلا أن يصدقه بقية الورثة كما فى التبيين والأصوب أن يقول المصنف باستهلاكه الوديعة أى المعروفة بالبينة بدل قوله بوديعة مستهلكة (قولهوصورته) لم يبين بهذه الصورة أن الوديعة معروفة كما صرح به فى الأشباه وقد أوضح المسألة فى الولوالجية فراجعها وصورها فى جامع الفصولين راقما .

صورتها : أودع أباه ألف درهم فى مرض الأب أو صحته عند الشهود ، فلما حضره الموت أقر بإهلاكه صدق إذ لو سكت ومات ولا يدرى ماصنع كانت دينا فى ماله ،فإذا أقر باستهلاكه فأولى. ولو أقر أولا بتلفها فى يده فنكل عن اليمين ومات لم يكن لوارثه فى ماله شيء اه .

والحاصل : أن مدار الإقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لاعليها ومنه تعلم أن قوله : ومنها إقراره بالأمانات كلها مقيد بما هنا ثم فيه أيضا لو أقر المريض بقبض ثمن ماباعه لوارثه بأمره أو بولاية لم يصدق إذا أقر بدين لوارثه إلا أن يدعى الهلاك لكونه دينافى تركته فلو قال : قبضت الثمن وأتلفته يبرأ المشترى،ولو أدى لم يرجع وكذا لايصدق فى قبض ثمن ماباع لغيره من وارثه إلا أن يقول ضاع عندى أو دفعته إلىالآمر اه .
واللام فى لوارثه ، ولغيره : لام العلة أو الملك لا التعدية وقوله إلا أن يدعى الهلاك لكونه دينا فى تركته صوابه لكونه ليس دينا فى تركته ، لأن الوكيل أمين غير ضمين ويدل على ذلك أيضا قوله بعده إلا أن يقول ضاع عندى أو دفعته إلى الآمر ، لأنه لم يصر دينا فى التركة لالوارث ولا من جهة الوارث ، وقوله : قبضت الثمن وأتلفته هو مثل إقراره لوارثه بوديعة استهلكها فتقيد المبايعة بمعاينة الشهود وحينئذ فإذا أدى ضمان ذلك للوارث لم يرجع علىالمشترى،ويمكن رجوع ضمير أدى للمشترى وإنما لايرجع لأنهمتبرع وسيأتى فى آخر كتابته على الوصايا مايخالفه : ولكن ماهنا أولى .

وفى خزانة المفتين : باع عبدا من وارثه فىصحته ، ثم أقر باستيفاء الثمن فى المرض لايصح . وفى الزيلعى : لوكانت الوديعة غير معروفة لايقبل قولهاستهلكتها إلا أن يصدقه بقية الورثة (قوله والحاصل الخ) فيه مخالفة

منها إقراره بالأمانات كلها .

للأشباه ونصها : وأما مجرد الإقرار للوارث فهو موقوف على الإجازة ، سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو أبرأه إلا في ثلاث لو أقر باتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ماقبضه الوارث بالوكالة من مديونه كذا في تلخيص الجامع وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها ولو مال الشركة أو العارية والمعنى في الكل أنه ليس فيه إيثار البعض فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات هذا الكتاب اه .

وقد ظن من لا خبرة له أن النفي من قبيل الإقرار وهو خطأ وقال قبل هذا : لو قال المريض مرض الموت لا حق لي على فلان الوارث لم تسمع الدعوى عليه من وارث آخر وعلى هذا يقع كثيرا أن البنت في مرض موتها تقر بأن الأمتعة الفلانية ملك أبيها لا حق لها فيها ، وقد أجبت فيها مرارا بالصحة لما في التتارخانية من باب إقرار المريض : ادعى على رجل مالا وأثبته وأبرأه لاتجوز براءته إن كان مديونا وكذا لو أبرأ الوارث لايجوز سواء كان مديونا أولا ، ولو قال : لم يكن لي على هذا المطلوب شيء ثم مات جاز إقراره في القضاء .

وفي البزازية قالت فيه ليس لي على زوجي مهر يبرأ عندنا خلافا للشافعي وفيها قبله قال فيه لم يكن لي عليه شيء ليس لورثته أن يدعوا عليه شيئا في القضاء وفي الديانة لايجوز هذا الإقرار . وفي الجامع : أقر الابن فيه أنه ليس له على والده شيء من تركة أمه صح ، بخلاف مالو أبرأه أو وهبه ، وكذا لو أقر بقبض ماله منه فهذا صريح فيما قلناه . ولا ينافيه مافي البزازية قولها فيه : لامهر لي عليه أو لاشيء لي عليه أو لم يكن عليه مهر قيل لايصح . وقيل يصح والصحيح أنه لايصح اه لأن هذا في خصوص المهر لظهور أنه عليه غالبا وكلامنا في غير المهر . ولا ينافيه ماذكره البزازي أيضا : ادعى عليه ديونا ومالا ووديعة فصالح الطالب على يسير سرا وأقر الطالب في العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء ، وكان ذلك في مرض المدعي ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثي عليه أموال كثيرة ، وإنما قصد حرماننا لاتسمع وإن كان المدعى عليه وارث المدعي وجرى ماذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اه لكونه متهما في هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اه كلام الأشباه .

فقول الشارح منها إقراره الخ وقوله : ومنه هذا الشيء الخ إنما هما بحثان لا منقولان فتحريره في غير محله لأن المراد بالأمانة قبضها منه لا أنها له وقدسها أيضا في الأخير لأنه من الإقرار بالعين للوارث ، وقدم هو عدم صحة ذلك وقياسه على قول المورث لم يكن لي على الوارث دين قبل ثبوته قياس مع الفارق لأن العين غير الدين ، وهو لايصح ويأتي قريبا تأييد الموافقة لما فهمته عن الخير الرملي والحموي والحامدي ولله تعالى الحمد والمنة وقدمنا مايفيد ذلك مع بعض النقول المذكورة (قوله منها إقراره بالأمانات كلها) أي بقبض الأمانات التي عند وارثه لا بأن هذه العين لوارثه فإنه لايصح كما صرح به الشارح قريبا ، وصرح به في الأشباه وهذا مراد صاحب الأشباه بقوله : وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها فتنبه لهذا فإنا رأينا من يخطئ فيه ويقول إن إقراره لوارثه بها جائز مطلقا مع أن النقول مصرحة بأن إقراره له بالعين كالدين كما قدمناه عن الرملي . ومن هذا يظهر لك مافي بقية كلام الشارح ، وهو متابع فيه للأشباه مخالفا للمنقول ، وخالفه فيه العلماء الفحول كما قدمناه .

وفي الفتاوى الإسماعيلية : سئل فيمن أقر في مرضه أن لاحق له في الأسباب والأمتعة المعلومة مع بنته المعلومة وأنها تستحق ذلك دونه من وجه شرعي فهل إذا كانت الأعيان المرقومة في يده وملكه فيها ظاهر ،

ومنها النفى : كلا حق لى قبل أبى أو أمى وهى الحيلة فى إبراء المريض وارثه ومنه هذا الشىء الفلانى ملك أبى أو أمى كان عندى عارية وهذا حيث لا قرينة وتمامه فيها فليحفظ فإنه مهم .

ومات فى ذلك المرض فالإقرار بها للورثة باطل .

الجواب : نعم على ما اعتمده المحققون ، ولو مصدرا بالنفى خلافا للأشباه وقد أنكروا عليه اه ونقله السائحانى فى مجموعته ورد على الأشباه والشارح فى هامش نسخته .

وفى الحامدية : سئل فى مريض مرض الموت أقر فيه أنه لايستحق عند زوجته هند حقا وأبرأ ذمتها عن كل حق شرعى ومات عنها ، وعن ورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثه لم يجيزوا الإقرار ، فهل يكون غير صحيح .

الجواب : يكون الإقرار غير صحيح والحالة هذه والله تعالى أعلم اه .

أقول : لكن يجب تقييد عدم الصحة بما إذا كان ملكه فيها معلوما أيضا ليكون ذلك قرينة على قصد الإضرار بباقى الورثة لئلا يتنافى كلامهم تأمل (قوله ومنها النفى) فيه أنه ليس بإقرار للوارث كما صوبه فى الأشباه وقوله كلاحق لى هذا صحيح فى الدين لا فى العين كما مر (قوله وهى الحيلة) أى فى قوله : لاحق لى قبل أمى وأبى يعنى إذا علم أنه لاحق له قبلهما ، وخاف أن يتعلل عليهما أحد من الورثة أو يدعى عليهما بشىء أما لو كان له حق فلا يحل له إضرار باقى الورثة فليتق الله من كان خارجا من الدنيا مقبلا على الآخرة (قوله ومنه) الأولى ومنها كما قال فى سابقه إلا أن يقال إنه عائد إلى النفى أى ومن النفى السابق هذا الخ (قوله هذا) غير صحيح كما علمته مما مر لأنه مخالف لعامة المعتبرات (قوله وهذا حيث لاقرينة) لم يذكر ذلك فى الأشباه أصلا وحيث كان هذا إقرارا بعين لوارث وأنه لايصح فلا حاجة إلى هذا التقييد (قوله فليحفظ فإنه مهم) الحاصل أن الشارح رحمه الله تعالى تابع صاحب الأشباه وقد علمت أنه مخالف للمنقول واستنبط من كلامه أشياء مخالفة أيضا وقد ظهر لك بما قدمناه حقيقة الحال بعون الملك المتعال .

[تتمة] قال فى البحر فى متفرقات القضاء : ليس لى على فلان شىء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف وعند أبى يوسف يحلف وسيأتى فى مسائل شتى آخر الكتاب أن الفتوى على قول أبى يوسف، واختاره أئمة خوارزم ، لكن اختلفوا فيما إذا ادعاه وارث المقر على قولين ، ولم يرجح فى البزازية منهما شيئا وقال الصدر الشهيد الرأى فى التحليف إلى القاضى ، وفسره فى فتح القدير بأنه يجتهد فى خصوص الوقائع فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف له الخصم ، ومن لم يغلب على ظنه ذلك لايحلفه ، وهذا إنما هو فى المتفرس فى الأخصام اه .

قلت : وهذا مؤيد لما بحثناه ، والحمد لله .

قال فى التاترخانية عن الخلاصة : رجل قال استوفيت جميع مالى على الناس من الدين لايصح إقراره وكذا لو قال : أبرأت جميع غرمائى لايصح إلا أن يقول قبيلة فلان ، وهم يحصون فحينئذ يصح إقراره ، ويبرأ وفى التاترخانية أيضا عن واقعات الناطفى أشهدت المرأة شهودا على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج ، أو أشهد الرجل شهودا على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقى الأولاد والشهود يعلمون ذلك وسعهم أن لايؤدوا الشهادة إلى آخر ماذكره العلامة البيرى ، وينبغى على قياس ذلك أن يقال إذا كان للقاضى

(أقر فيه) أى فى مرض موته (لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه إلى الوارث فإذا مات يرده) بزازية .
وفى القنية تصرفات المريض نافذة وإنما ينتقض بعد الموت (والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الإقرار) فلو أقر لأخيه مثلا ثم ولد له صح الإقرار لعدم إرثه إلا إذا صار وارثا وقت الموت (بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة) فيجوز كما ذكره بقوله (فلو أقر لها) أى لأجنبية (ثم تزوجها صح بخلاف إقراره

علم بذلك لايسعه الحكم كذا فى حاشية أبى السعود على الأشباه والنظائر (قوله يؤمر فى الحال بتسليمه) لاحتمال صحة هذا الإقرار بصحته من هذا المرض (قوله يرده) أى إن كان له وارث غيره ولم يصدقه (قوله تصرفات المريض نافذة) لما تقدم من احتمال صحته ويظهر لى أن يتفرع على هذا مافى الخانية ، وهو لو أقر لوارثه بعبد فقال ليس لى لكنه لفلان الأجنبى فصدقه ثم مات المريض فالعبد للأجنبى ويضمن الوارث قيمته وتكون بينه وبين سائر الورثة (قوله وإنما ينتقض) أى التصرف المأخوذ من التصرفات . وهذا فى تصرف ينتقض أما مالا ينتقض كالنكاح فالأمر فيه ظاهر وفى نسخة بالتاء (قوله بعد الموت) محله ما إذا تصرف لوارث ، وأما إذا كان لغير وارث فإن كان تبرعا أو محاباة ينفذ من الثلث وإلا فصحيح كالنكاح (قوله والعبرة لكونه وارثا الخ) قال الزيلعى : اعلم أن الإقرار لايخلو إما أن يكون المقر له وارثا وقت الإقرار ، دون الموت أو كان وارثا فيهما . وإن لم يكن وارثا فيما بينهما أو لم يكن وارثا وقت الإقرار وصار وارثا وقت الموت ، فإن كان وارثا وقت الإقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الإقرار ، لعدم كونه وارثا وقت الموت . وإن كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها أو والى(١) رجلا فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا لايجوز الإقرار عند أبى يوسف . لأن المقر متهم بالطلاق . وفسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا وعند محمد يجوز ، لأن شرط امتناع الإقرار أن يبقى وارثا إلى الموت بذلك السبب ولم يبق . ولأنه لما صار أجنبيا تعذر الإقرار كما لو أنشأه فى ذلك الوقت ألا ترى أنه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا فكذا إذا عقد . وإن لم يكن وارثا وقت الإقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فإن صار وارثا بسبب كان قائما وقت الإقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الإبن قبل الأب لايصح إقراره فإن صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز . وقال زفر : لايجوز لأن الإقرار حصل للوارث وقت العقد فصار كما إذا صار وارثا بالنسب ولنا أن الإقرار حين حصل للأجنبى لا للوارث ، فينفذ ولزم فلا يبطل ، بخلاف الهبة لأنها وصية ولهذا يعتبر من الثلث . فيعتبر وقت الموت بخلاف ما إذا صار وارثا بالنسب بأن أقر مسلم مريض لأخيه الكافر . ثم أسلم قبل موته أو كان محجوبا بالإبن ثم مات الابن ، حيث لايجوز الإقرار له لأن سبب الإرث كان قائما وقت الإقرار . ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز إقراره عند أبى يوسف أولا ، لأن إقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال آخرا يجوز وهو قول محمد لأنه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثا وكذلك لو أقر لأجنبى ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر . لأن إقراره كان للأجنبى فيتم به ثم لايبطل بموته اه (قوله لعدم إرثه) أى وقت الموت (قوله فيجوز) يعنى لو أقر لأجنبى فى مرض موته وكان المقر مجهول النسب وعقد الموالاة معه فلما مات كان وارثا بعقد الموالاة . فلا يبطل إقراره له لأن الإرث إنما كان بسبب حادث بعد الإقرار فيبقى الإقرار صحيحا لكن لاتظهر له ثمرة لأن مولى الموالاة لايرث مع وارث قريب أو بعيد . وإنما

---

(١) من الموالاة اه منه .

لأخيه المحجوب) بكفر أوابن (إذا زال حجبه) بإسلامه أوبموت الابن فلا يصح لأن إرثه بسبب قديم لاجديد (وبخلاف الهبة) لها فى مرضه (والوصية لها) ثم تزوجها فلا تصح لأن الوصية تمليك بعد الموت وهى حينئذ وارثة .

(أقر فيه أنه كان له على ابنته الميتة عشرة دراهم قد استوفيتها وله) أى للمقر (إن ينكر ذلك صح إقراره) لأن الميت ليس بوارث (كما لو أقر لامرأته فى مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك) منها (وارثا) صح الإقرار (وقيل لا) قائله بديع الدين صيرفية ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبى بدين لم يصح .

يتوقف لحق الوارث ولا وارث معه إذ لو كان معه وارث لم يستحق الميراث فلا يكون وارثا وربما يظهر ثمرته مع أحد الزوجين فإن الإقرار ينفذ فى حق الزوج المقر لما تقرر . وكذا إن صح عقد الولاء مع اثنين بعد أن أقر لأحدهما فليراجع هذا الأخير (قوله لأن إرثه بسبب قديم) أى قائم وقت الإقرار ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثا فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبى يوسف لا عند محمد نور العين عن قاضيخان .

أقول : وإيضاحه أنه لو أقر لمن كان وارثا وقت الإقرار ثم خرج عن ذلك بعده . ثم صار وارثا عند الموت فالأولى أن يقول ، فلو أقر لمن هو وارث وقت الخ .

وفى جامع الفصولين : أقر لابنه وهو قن ثم عتق فمات الأب جاز لأن الإقرار للمولى لا للقن بخلاف الوصية لابنه وهو قن ثم عتق فإنها تبطل لأنها حينئذ للإبن اه وبيانه فى المنح ، وانظر ماحرره سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى الوصايا (قوله بخلاف الهبة) الظاهر أنه لابد من القبض فى الهبة وإلا فلا اعتبار لها (قوله فلا تصح) يعنى لو وهب لها شيئا أو أوصى لها ثم تزوجها فإنهما يبطلان اتفاقا (قوله لأن الوصية تمليك بعد الموت وهى حينئذ وارثة) تعليل لقوله : والوصية لها ثم تزوجها وكذا الهبة لها فى مرضه ، لأن الهبة فى مرض الموت وصية (قوله أقر فيه الخ) يفيد أنها لو كانت حية وارثة لم يصح .

قال فى الخانية : لايصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ولا من كفيل وارثه ، ولو كفل فى صحته وكذا لو أقر بقبضه من أجنبى تبرع عن وارثه .

وكل رجلا ببيع شيء معين فباعه من وارث موكله وأقر بقبض الثمن من وارثه أو أقر أن وكيله قبض الثمن ودفعه إليه لايصدق ، وإن كان المريض هو الوكيل وموكله صحيح فأقر الوكيل أنه قبض الثمن من المشترى وجحد الموكل صدق الوكيل ، ولو كان المشترى وارث الوكيل والموكل ، والوكيل مريضان فأقر الوكيل بقبض الثمن لايصدق إذ مرضه يكفى لبطلان إقراره لوارثه بالقبض فمرضهما أولى .

مريض عليه دين محيط فأقر بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره لأن الوارث لو ادعى رد الأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اه ، من نور العين قبيل كتاب الوصية .

[فرع] باع فيه من أجنبى عبدا وباعه الأجنبى من وارثه أو وهبه منه صح إن كان بعد القبض لأن الوارث ملك العبد من الأجنبى لا من مورثه بزازية (قوله وترك منها وارثا) الظاهر أن قول المؤلف منها اتفاق ويحمل كلام المصنف على أنه ترك وارثا منكرا ما أقر به (قوله ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبى بدين لم يصح) أى للوارث ولا للأجنبى (قوله خلافا لمحمد) فإنه يجيزه فى حق الأجنبى ويبطل منه ما أصاب الوارث وهذا مستدرك بقوله

وحينئذ (ثبت نسبه ولو) المقر (مريضا و) إذا ثبت (شارك) الغلام (الورثة) فإن انتفت هذه الشروط يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال كما لو أقر بأخوة غيره كما مر عن الينابيع كذا فى الشرنبلالية فيحرر عند الفتوى (و) الرجل (صح إقراره) أى المريض (بالولد والوالدين) .

منزلة البهيمة فلم يعتبر تصديقه بخلاف المميز لأنه فى يد نفسه وعند الأئمة الثلاثة بلا تصديقه لو كان غير مكلف (قوله وحينئذ) ينبغى حذفها فإنه بذكرها بقى الشرط بلا جواب ح (قوله ولو المقر مريضا) لا حاجة إليه بعد كون الباب باب إقرار المريض (قوله شارك الغلام الورثة) لأنه من ضرورات ثبوت النسب زيلعى ثم لا يصح الرجوع ، لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الإبطال ، بخلاف الرجوع عن الإقرار لنسب نحو الأخ ، فإنه يصح لعدم ثبوته لأنه كالوصية وإن صدقه المقر له كما فى البدائع ، لكن يأتى فى كلام الشارح عن المصنف قريبا بالتصديق يثبت فلا ينفع الرجوع الخ ويأتى الكلام عليه (قوله فإن انتفت هذه الشروط) أى أحدها بأن علم نسبه أو لم يولد مثله لمثله ، أو لم يصدقه الغلام فيصير مكذبا فلا يثبت النسب ، لكنه يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال كما قال (قوله يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال) أى ولا يثبت النسب لما علمت ، وكونه يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال لا يظهر هنا لأن هذا فى مجرد الإقرار بالنسب لا الإقرار بالمال أيضا .

وإنما يظهر ذلك فى المسألة السابقة وهى ما إذا أقر لأجنبى ، ثم ادعى بنوته فإنه إذا لم توجد هذه الشروط لزمه المال ، وإن كان النسب لا يثبت ، ولا يراد بالمال ما يلزمه من النفقة والحضانة والإرث كما يأتى لما فيه من تحميل النسب على الغير فإنه إذا انتفى هنا التصديق كيف يرثه أو تجب عليه نفقته ، وكذا إذا كان لا يولد مثله لمثله أو كان معلوم النسب ، وما يأتى محله إذا وجدت الشروط اللائقة ولم يصدق المقر عليه ، أى وقد أقر له مع ذلك بمال فإن النسب لا يثبت ، لأن فيه تحميلا على الغير ، ولكنه يصح إقراره بالمال كما لو أقر بأخوة غيره فما فى يده من مال أبيه كان للمقر له نصفه وظاهره أنه يقدم على دين الصحة ، فيكون مخالفا لما مر أن ما أقر به فى المرض مؤخر عنه على أن المؤاخذة حينئذ ليست للمقر بل للورثة حيث يشاركهم فى الإرث ومع هذا فإن كان الحكم كذلك فلابد له من نقل صريح حتى يقبل .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وقد راجعت عدة كتب فلم أجده ولعله لهذا أمر الشارح بالتحرير فتأمل (قوله كما مر عن الينابيع) الذى قدمه الشرنبلالى عن الينابيع فى المسئلة السابقة نصه ولو كذبه أو كان معروف النسب من غيره لزمه ما أقر به ولايثبت النسب اه وعبارة الشارح ركيكة فلو قال : فلو انتفى أحد هذه الشروط ، وقد له أقر بمال يؤاخذ به المقر لكان أوضح لأن المانع من صحة الإقرار ثبوت النسب فحيث لم يثبت لزم المقربه وهذا هو تحرير المقام ط (قوله فيحرر عند الفتوى) قال الحلبى : لم يظهر لى المخالفة الموجبة للتحرير فتأمل (قوله والرجل صح إقراره) فى بعض النسخ هكذا بزيادة لفظ الرجل لإفادة أن الإقرار بالمذكورات ليس قاصر على المريض فقوله بعد أى المريض تفسير مضر ولا حاجة إليه بعد تقدم مرجعه إلا أن يجعل مرفوعا تقييد الرجل ، وهو تقييد مضر أيضا كما فى ط لكن الأولى كما فى بعض النسخ المحذوف منها لفظ الرجل أن يقال : قيد بالمريض ليعلم أى الصحيح كذلك بالأولى وإنما قيده به لأن الكلام فى إقرار المريض (قوله بالولد والوالدين) لأنه إقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وأعاد صحة الإقرار بالولد لذكر جملة ما يصح لى جانب الرجل وأفاد بالصراحة صحة الإقرار بالأم كما يأتى قريبا اعتماد الشارح له تبعا للمصنف .

قال فى البرهان وإن عليا .

قال المقدسى وفيه نظر لقول الزيلعى : لو أقر بالجد أو ابن الابن لا يصح لأن فيه حمل النسب على الغير (بالشروط) الثلاثة (المتقدمة) فى الابن (و) صح (بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وخلوه) أى المقر (عن أختها) مثلا أو أربع سواها (و) صح (بالمولى) من جهة العتاقة (إن لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غيره) أى غير المقر (و) المرأة صح (إقرارها بالوالدين والزوج والمولى) الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره .

قال فى العناية وهورواية تحفة الفقهاء وشرح الفرائض للإمام سراج الدين والمذكور فى المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للمحبوبى : أن إقرار الرجل يصح بأربعة بالابن والأب والمرأة ومولى العتاقة اه ومن الظاهر : أن الابن ليس بقيد مخرج صحة الإقرار بالبنت اه (قوله وإن عليا) أى الوالدان ، ولا يرجع الضمير إلى الوالدين والابن لأنه لايقال فيه وإن علا وعبارة البرهان يصح إقراره بالولد والوالدين يعنى الأصلى وإن علا اه ولاغبار عليها (قوله وفيه نظر) وجهه ظاهر فهو كإقراره ببنت ابن.

قال فى جامع الفصولين : أقر ببنت فلها النصف والباقى للعصبة إذ إقراره ببنت جائز لا ببنت الابن اه وما ذاك إلا لأن فيه تحميل النسب على الابن فتدبر ط (قوله لا يصح) سيأتى التصريح به فى المتن وهو مؤيد أيضا لكلام المقدسى (قوله بالشروط الثلاثة المتقدمة فى الابن) لم يذكرها اتكالا على ما تقدم إلا أن فى دعواه هذا أبى يشترط أن يكون المقر مجهول النسب ، وأن يولد مثل المقر لمثل المقر له (قوله بشرط خلوها الخ) ينبغى أن يزاد وأن لا تكون مجوسية أو وثنية ، ولم أر من صرح به حموى وفى حاشية سرى الدين على الزيلعى قوله : والزوجة أى بشرط أن تكون الزوجة صالحة لذلك اه كافى وأدخل فى ذلك ما إذا كانت حرمتها بالرضاع (قوله مثلا) أشار به إلى أن الأخت ليست بقيد بل مثلها كل امرأة لايحل جمعها معها فى عقد كخالتها وعمتها (قوله وأربع سواها) أى وكذلك لو كان معه أربعة سواها أو معه حرة وأقر بنكاح الأمة .

قال المصنف فى منحه : وقد أخل بهذه القيود صاحب الكنز والوقاية وكذلك مما لا ينبغى الإخلال به اه.

قال العلامة الرملى : أقول : أيتوهم متوهم صحة الإقرار بالزوجة مع وجود زوج وعدته أو أختها أو أربع سواها فلا أدرى لهذا مثلا إلا ما اعترض به بعض جهلة الأروام على قول الكنز فى الماء الجارى ، وهو مايذهب بتبنه حيث قال : الجمل يذهب بأتبان فتأمل وانصف (قوله وصح بالمولى من جهة العتاقة) سواء كان أعلى أو أسفل بأن كان معتقا أو معتقا فإن الإقرار لكل واحد صحيح إذا صدقه المقر له وقوله من جهة العتاقة أى وكذا من جهة الموالاة إن كان الأول قد عقل عنه (قوله إن لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غيره) قال المصنف فى المنح وهذا قيد لابد منه ، وقد أخل به فى الكنز والوقاية أيضا لأن موجب إقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير إضرار بأحد فينفذ اه .

قال الخير الرملى أقول : إذا كان ولاؤه ثابتا من جهة غيره لايصح إقرار الصحيح به فكيف يصح إقرار المريض به والكلام إنما هو فى مسائل يخالف المريض الصحيح فيها فما الحاجة إلى ذكر مالاحاجة إلى ذكره لعدم خطوره ببال من له بال وهذا الاستدراك كالذى قبله ففى ذكره خلل لافى تركه فليتأمل اه (قوله أى غير المقر) صوابه المقر له وكأنها سقطت من قلم الناسخ ، وذلك لأن موجب الإقرار يثبت بتصادقهما ، وليس فيه تحميل النسب على الغير .

قلت : وما ذكره من صحة الإقرار بالأم كالأب هو المشهور الذى عليه الجمهور .
وقد ذكر الإمام العتابى فى فرائضه : أن الإقرار بالأم لا يصح وكذا فى ضوء السراج لأن النسب للآباء لا للأمهات وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اهـ ولكن الحق صحته بجامع الأصالة فكانت كالأب فليحفظ (و) كذا صح (بالولدان شهدت) امرأة ولو (قابلة) بتعيين الولد ، أما النسب فبالفراش شمنى .

والحاصل : أن الولاء كالنسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار فكذا الولاء (قوله من صحة الإقرار بالأم) فى جانب الرجل والمرأة (قوله لأن النسب للآباء لا للأمهات) فيه أنه لا ينكر انتساب الولد إلى أمه وإنما معناه أنه ينظر فى النسب والدعوة للأب .

قال الحموى : وفى حواشى شيخ الإسلام الحفيد على صدر الشريعة هذا : أى ماذكر من صحة إقرار الرجل بالولد والوالدين والزوجة والمولى وما ذكر من صحة إقرارها بالوالدين والزوج والمولى موافق لتقدير الهداية والكافى وتحفة الفقهاء لكنه مخالف لعامة الروايات على ما فى النهاية ولتقرير الخلاصة والمحيط وقاضيخان حيث صرحوا بأنه لا يجوز إقرار الرجل بوارث مع ذى قرابة معروفة إلا بأربعة : الابن والأب ، والزوجة ، والمولى فقيما وراء الأربعة كالأم مثلا لا ترث مع الوارث المعروف أما الإقرار فصحيح فى نفسه حتى يقدم المقر له على بيت المال إذا لم يبق وارث معروف تأمل اهـ ط (قوله وفيه حمل الزوجية على الغير) المضر تحميل النسب على الغير لا الزوجية على أن المقر يعامل بإقراره من جهة الإرث ، وإن كان إقراره لا يسرى على الزوج ط (قوله ولكن الحق الخ) الظاهر من نقل الحفيد أنهما قولان (قوله بجامع الأصالة) وهو فى الأب معلول بأن الانتساب إليه كما قدمه من التعليل على مافيه ولا يظهر ذلك فى حق الأم وليست العلة الأصالة وإلا لثبت النسب فى الآباء الأعلين وقد تقدم عن الزيلعى خلافه (قوله وكذا صح) أى إقرارها (قوله ولو قابلة) أشار به إلى أن القابلة ليست بقيد ، ومن قيد به فباعتبار العادة من حضورها وقت الولادة أفاده الرحمتى . وأفاد بمقابلته بقوله بعده أو صدقها الزوج أن هذا حيث جحد الزوج وادعته منه ، وأفاد أنها ذات زوج بخلاف المعتدة كما صرح به الشارح أما إذا لم تكن ذات زوج ، ولا معتدة أوكان لها زوج ، وادعت أن الولد من غيره فلا حاجة إلى أمر زائد على إقرارها صرح بذلك كله ابن الكمال وسيأتى ، فقد علم أن قوله : إن شهدت الخ محله عند التجاحد ، وأفاد كلامه أنه إذا لم يوجد شرط صحة الإقرار لا يعمل به فى حقه أيضا .

وفى الشلبى عن الاتقانى : ولا يجوز إقرار المرأة بالولد وإن صدقها ولكنهما يتوارثان إن لم يكن لها وارث معروف ، لأنه اعتبر إقرارها فى حقها ، ولا يقضى بالنسب ، لأنه لا يثبت بدون الحجة ، وهو شهادة القابلة فإن شهدت لها امرأة على ذلك ، وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها وكذلك إذا لم تشهد لها امرأة ، وقد صدقها زوجها ثبت النسب منهما ، لأن النسب يثبت بتصادقهما لأنه لا يتعدى إلى غيرهما كذا فى شرح الكافى اهـ فليتأمل وهذا يفيد أن شهادة القابلة مثلا لثبوت النسب إذا أنكر ولادتها فقوله بتعيين الولد إنما يكون هذا إذا تصادقا على الولادة ، واختلفا فى التعيين . وعبارة غاية البيان عن شرح الأقطع فتثبت الولادة بشهادتها ، ويلتحق النسب فى الفراش اهـ والظاهر أن ما أفاده الشارح حكمه كذلك (قوله بتعيين الولد) وكذا بإثباته لو جحد . أما الثابت بالفراش فبعد اعترافه بالولادة : أى إذا اعترف أنها ولدت ثبت أنه منه لقيام فراشه ، فإن نفاه لاعن أما لو جحد للولادة ، أو تعيين الولد فإنه يثبت بشهادة امرأة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال عادة ، حتى لو شهد

ولو معتدة جحدت ولادتها فبحجة تامة كما مر فى باب ثبوت النسب (أو صدقها الزوج إن كان) لها زوج (أو كانت معتدة) منه (و) صح (مطلقا إن لم تكن كذلك) أى مزوجة ولا معتدة (أو كانت) مزوجة (وادعت أنه من غيره) فصار كما لو ادعاه منها لم يصدق فى حقها إلا بتصديقها .

قلت : بقى لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره فيحرر .

به رجل صح كما يفهم هذا كله من باب ثبوت النسب ، ولا بد فيه من العدالة كما هو فى سائر أنواع الشهادة (قوله ولو معتدة الخ) إلا معتدة الرجعى إذا جاءت به لأكثر من سنتين فإنه يثبت به الرجعة ، فكانت زوجة لامعتدة فيكتفى فى إثباته عند الجحد بشهادة امرأة على ما اختاره فى البحر وأقره عليه فى النهر والشارح فى باب ثبوت النسب (قوله جحدت) بالبناء للمجهول أى جحد الزوج ، أو ورثته (قوله أو صدقها الزوج إن كان لها زوج) بيان لمحل اشتراط شهادة المرأة وما عطف عليها (قوله أو كانت معتدة منه) بأن طلقها أو مات عنها فادعت الولد ، فلابد من تصديق الزوج أو الورثة ، فإن كذبت يكفى شهادة القابلة أو امرأة غيرها هذا ما يفهم مما هنا ، وبه صرح العينى تبعا للزيلعي ، لكن تقدم فى باب ثبوت النسب أن المعتدة إذا جحدت ولادتها لايثبت نسب ولدها إلا بحجة تامة ، ويكتفى بالقابلة عندهما فلعله جرى هنا على قولها .

وفى المواهب : ولو جحد ولادة معتدته فثبوتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، أو بحبل ظاهر أو اعترافه أو تصديق الورثة واكتفينا بامرأة ثقة كتعينه بها اهـ . وهذا كله فى عدة البائن أما معتدة الرجعى فإنه يثبت نسبه وإن جاءت به لأكثر من سنتين ، ويكون رجعة وحينئذ فتكون زوجة لامعتدة ويكتفى فى إثباته عند الجحد بشهادة امرأة على مااختاره فى البحر كما قدمناه آنفا .

واعلم أن ماذكره من الشروط إنما هو لصحة الإقرار بالنسب ، لئلا يكون تحميلا على الزوج فلو فقد شرط صح إقرارها عليها فيرثها الولد وترثه إن صدقها ، ولم يكن لهما وارث غيرهما فصار كالإقرار بالأخ ويفهم هذا مما قدمناه (قوله وصح) أى إقرارها مطلقا أى وإن لم يوجد شهادة ولا تصديق من زوج (قوله ولا معتدة) لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (قوله وادعت أنه من غيره) أى فيصح إقرارها فى حقها فقط (قوله فصار كما لو ادعاه منها الخ) لكن يفرق بينها وبين ماقبلها بأن دعوى الزوج لاتتوقف على تصديق المرأة لأنه يتزوج غيرها ، ويتسرى بملك اليمين ، ولكن لايلزمها لو ادعى أنه منها إلا بتصديقها ، والمرأة لو صح إقرارها بالولد للزم الزوج ، لأن الولد للفراش فلابد من تصديقه أو حجة تقوم عليه ، ويكفى الواحدة لأنه مما لايطلع عليه الرجال إلا إن قالت : هو من غيره فقد نفته عنه فيلزمها ولا يلزمه (قوله قلت) أقول : غاية مايلزم على عدم معرفة زوج آخر كونه من الزنا مع أنه ليس بلازم ، وبفرض تحقق كونه من الزنا يلزمها أيضا لأن ولد الزنا واللعان يرث بجهة الأم فقط فلا وجه للتوقف فى ذلك أبو السعود (قوله بقى لو لم يعرف لها زوج غيره) أى وقد ادعت أنه من غير هذا الزوج ، والظاهر ثبوته منها لعدم تحميل نسب على معلوم ، فيرثها قال الرحمتى هو داخل تحت قوله : وادعت أنه من غيره لشموله ما إذا عرف لها زوج غيره ، أو لم يعرف إذ يكفى فى ذلك الإمكان العقلى كما هو ظاهر إطلاقهم (قوله فيحرر) وهو أنه يثبت نسبه من الأم كما علمت ، لأن غاية مايكون

(ولابد من تصديق هؤلاء إلا فى الولد إذا كان لايعبر عن نفسه) لما مر أنه حينئذ كالمتاع (ولو كان المقر له عبد الغير اشترط تصديق مولاه) لأن الحق له (وصح التصديق) من المقر له (بعد موت المقر) لبقاء النسب والعدة بعد الموت (إلا تصديق الزوج بعد موتها) مقرة لانقطاع النكاح بموته ولهذا ليس له غسلها بخلاف عكسه .

(ولو أقر) رجل (بنسب) فيه تحميل (على غيره) لم يقل من غير ولاد كما فى الدرر لفساده بالجد وابن الابن

كونه من الزنا ، وهو يثبت من الأم لا الأب (قوله ولابد من تصديق هؤلاء) يعنى الولد والوالدين والزوجة والمولى والزوج ، لأن إقرار غيرهم لايلزمهم لأن كلا منهم فى يد نفسه عينى (قوله ولو كان المقر له عبد الغير) أى فادعى أنه ابنه أو أبوه أو أنه زوجها أو كانت أمة فأقر أنها زوجته (قوله وصح التصديق من المقر له) بنسب أو زوجية : أى ولو بعد جحود المقر لقول البزازى : أقر أنه تزوج فلانة فى صحة أو مرض ثم جحد وصدقته المرأة فى حياته أو بعدموته جاز اهـ (قوله لبقاء النسب والعدة بعد الموت) بهذا علم أن المراد بموت المقر فى جانب الزوجية الزوج ، وإذا صح إقراره كان لها الميراث والمهر أبو السعود : أى لبقاء حكم النكاح وهو العدة (قوله إلا تصديق الزوج بعدموتها) أى إن أقرت بنكاح لرجل وماتت، فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند أبى حنيفة وعندهما يصح فعليه مهرها وله الميراث منها لأبى حنيفة أنها لما ماتت زال النكاح بعلائقه، حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها ولا يحل له أن يغسلها فبطل إقرارها ، فلا يصح التصديق بعد بطلان الإقرار . وقول العينى وكذا إذا أقر الرجل بالزوجية فصدقته المرأة بعد موته عند أبى حنيفة ظاهر فى التسوية بين الزوج والزوجة ، وليس كذلك ولهذا تعقبه الشيخ شاهين بأن تصديق الزوجة بعد موت الزوج صحيح بالاتفاق، لأن حكم النكاح باق فى حقها وهى العدة فإنها من آثار النكاح ، ولهذا جاز لها غسله ميتا كما فى حال الحياة وإنما الخلاف فى تصديق الزوج بعد موتها فعند أبى حنيفة لايجوز وعندهما يجوز زيلعى (قوله بموتها) كذا فى نسخة وهو الصواب موافقا لما فى شرحه على الملتقى (قوله بخلاف عكسه) أى فإن النكاح لم ينقطع بعلائقه (قوله ولو أقر رجل) مثله المرأة (قوله كما فى الدرر) عبارته أقر بنسب من غير ولاد كأخ وعم لايثبت : أى النسب ولا يقبل إقراره فى حقه، لأن فيه تحميل النسب على الغير فإن ادعى نفقة أو حضانة يقبل فى حقها ، ويورث إلا مع وارث وإن بعد يعنى إذا كان للمقر وارث معروف قريب أو بعيد ، فهو أحق بالإرث من المقر له، حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة والخالة، لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف اهـ (قوله لفساده بالجد وابن الابن) فإنهما فى حكم غيرهما مما فيه تحميل على الغير إلا أن يخص كلام الدرر بالأب والابن ، لأنه أراد به الولاد الأصلى أو الفرعى، بلا واسطة ، وهو الكامل، فيشمل الغير ابن الابن والجد كما صرح بهما فى الكافى أراد بابن الابن : فرع الولد وبالجد أصل الأبوين ومثل هذا الإجمال غير قليل فى المتون فلا يعد مخلا كما لايخفى لايقال : إن صاحب الدرر قال ، وإن أقر بنسب من غير ولاد لايصح وهو غير شامل لمن إذا ادعى أنه جده أو ابن ابنه مع أنه لايصح أيضا لما فيه من تحميل النسب على الغير وقوله هنا : وإن أقر بنسب فيه تحميل الخ شامل لذلك ، فكان أولى لحمل كلامه على ماقلنا تأمل .

أقول : ولا تنس ماتقدم من صحته عن البرهان ومن تنظير المقدسى له، وقول صاحب الدرر أيضا : ويرث إلا مع وارث وإن بعد أطلقه ، فشمل الزوج والزوجة وهذا مستقيم على قول بعض مشايخنا أنه يرد عليهما أيضا فى زماننا كما فى القنية والأصح أن ليس لهما الرد فيرث المقر له معهما كما فى البرجندى ، وأراد بالقريب صاحب

كما قال (كالأخ والعم والجد وابن الابن لا يصح) الإقرار (فى حق غيره) إلا ببرهان ومنه إقرار اثنين كما مر فى باب ثبوت النسب فليحفظ وكذا لو صدقه المقر عليه أوالورثة وهم من أهل التصديق (ويصح فى حق نفسه حتى تلزمه) أى المقر (الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا عليه) أى على ذلك الإقرار لأن إقرارهما حجة عليهما (فإن لم يكن له) أى لهذا المقر (وارث غيره مطلقا) لا قريبا كذوى الأرحام ولا بعيدا

فرض وعصبة، ولو مولى العتاقة وبالبعيد من كان من ذوى الأرحام ومولى الموالاة، ولا يكون له الثلث بالوصية لأنه ماأوجبه وصية وإنما أوجبه إرثا كما فى الكافى وغيره . وأنت خبير بأن هذا لم يخالف ماسبق عن القنية تدبر (قوله وابن الابن) أى إذا كان فى حياة ابنه . لأن فيه حمل النسب على الغير كما قيده الحموى .

قال العلامة أبو السعود : واعلم أن الإقرار بابن الابن ذكره فى التنوير وشرحه مطلقا لكن ذكره الحموى بخطه مقيدا بما إذا أقر به فى حياة ابنه معللا بأن فيه حمل النسب على الغير اه فليحفظ (قوله إلا ببرهان) يعم ما إذا أقامه المقر أو المقر له على المقر عليه ، وهو من حمل عليه النسب (قوله ومنه إقرار اثنين) أى من ورثة المقر عليه فيتعدى الحكم إلى غيرهما وإنما قيد باثنين لأن المقر لو كان واحدا اقتصر حكم إقراره عليه . أما إقرار ورثة المقر له لايثبت النسب، فإنه كتصديقه . وأطلق فى الإثنين فشمل الرجل والمرأتين قال فى البدائع إن الوارث لو كان كثيرا فأقر واحد منهم بأخ آخر ونحوه لايثبت نسبه، ولايرث معهم ولو أقر منهم رجلان أو رجل وامرأتان يثبت نسبه بالاتفاق، ولو كان الوارث واحدا فأقر به يثبت به عند أبى يوسف خلافا لأبى حنيفة ومحمد، وبقول أبى يوسف : أخذ الكرخى اه وظاهر إطلاق المتون على ترجيح قولهما كما لايخفى (قوله كما مر فى باب ثبوت النسب) حيث قال أو تصديق بعض الورثة ، فيثبت فى حق المقرين وإنما يثبت النسب فى حق غيرهم ، حتى الناس كافة إن تم نصاب الشهادة بهم : أى بالمقرين وإلا يتم نصابها لايشارك المكذبين لأنها لاتكون شهادة حينئذ حتى تتعدى بل يكون مجرد إقرار وهو قاصر على المقر فقط . بل لابد من الشهادة ونصابها حتى تكون حجة تتعدى على غيرهما (قوله وكذا لو صدقه المقر عليه) هو من حمل عليه النسب (قوله أو الورثة) يغنى عنه قوله : ومنه إقرار اثنين لكن كلامه هنا فى تصديق المقر وهناك فى نفس الإقرار . وإن كان فى المعنى سواء لكن بينهما فرق ، وهو أن التصديق بعد العلم بإقرار الأول كقوله : نعم أو صدق والإقرار لايلزم منه العلم تأمل . قال : ويمكن التفرقة بينهما بأن صورة الأولى : أقر اثنان من ورثة المقر عليه فبه يثبت النسب وصورة الثانية : أقر المقر وصدقه اثنان من ورثة المقر عليه (قوله وهم من أهل التصديق) بأن يكونوا بالغين عاقلين ، وتم نصاب الشهادة كما يأتى قريبا ،مايفيده لكن هذا بالنظر لثبوت النسب ،أما بالنظر لاستحقاق الإرث فيستحقه ولو المصدق امرأة واحدة كانت هى الوارثة فقط مع المقر ط (قوله حتى تلزمه) برفع تلزم لأن حتى للتفريع لا للغاية (قوله من النفقة) أى إذا كان ذا رحم محرم من المقر (قوله والحضانة) فيه أنه يشترط فى لزوم هذه الأحكام تصديق المقر له ، وهو لايكون محضونا فيراد بالحضانة الضم إليه فيما إذا كان المقر له بنتا بالغة يخشى عليها ، ولا يقال تظهر فى فرع المقر له إذا مات عنه .

قلنا : الظاهر أن الحضانة كالإرث لا تظهر فى غير المقر له أفاده العلامة الطحطاوى (قوله والإرث) أى فى حقهما فقط بحيث لا يمنعان بإقرارهما وارثا آخر كما سيأتى (قوله كذوى الأرحام) قد علمت مما قدمناه عن الكافى تفسير القريب والبعيد .

قال فى الشرنبلالية ناقلا عن العناية مفسرا للقريب بذوى الفروض ، والعصبات والبعيد بذوى الأرحام

كمولى الموالاة عيني وغيره (ورثه وإلا لا) لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف والمراد غير الزوجين لأن وجودهما غير مانع قاله ابن الكمال ، ثم للمقر أن يرجع عن إقراره لأنه وصية من وجه زيلعي : أى وإن صدقه المقر كما فى البدائع لكن نقل المصنف عن شروح السراجية أن بالتصديق يثبت النسب فلا ينفع الرجوع

بعد ذكر ما مشى عليه الشارح ، والأول أوجه ، لأن مولى الموالاة إرثه بعد ذوى الأرحام مقدما على المقر له بنسب الغير اه فتنبه (قوله ورثه) أى المقر له ويكون مقتصرا عليه ولا ينتقل إلى فرع المقر له ولا إلى أصله لأنه بمنزلة الوصية أبو السعود عن جامع الفصولين (قوله لأن نسبه لم يثبت) قال فى المنح : وهذا لأنه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده ، وهو فى النسب مقر على غيره فيرد وفى استحقاق ماله مقر على نفسه ، فيقبل عند عدم المزاحم ، لأن ولاية التصرف فى ماله عند عدم الوارث له فيضعه حيث شاء ، حتى كان له أن يوصى بجميع المال فلذا كان له أن يجعله لهذا المقر له . والظاهر أن المقر يرث المقر له ، لأنه صدقه وهو إقرار ولكنه يتأخر عن الوارث المعلوم (قوله فلا يزاحم الوارث المعروف) قريبا أو بعيدا فهو أحق بالإرث من المقر له ، حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة أو للخالة لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف (قوله والمراد غير الزوجين) أى بالوارث الذى يمنع المقر له من الإرث لأنه وصية من وجه لأن نسبه لم يثبت فثبت حق الرجوع ووارث من وجه ، حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ إلا بإجازة المقر له ما دام المقر مصرا على إقراره لأنه وارث حقيقة كما فى الزيلعى وفيه إشارة إلى أن المقر بنحو الولد والوالدين ليس له الرجوع عنه وبذلك صرح فى الاختيار (قوله أى وإن صدقه المقر له) صوابه المقر عليه كما عبر به فيما مر ، ويدل عليه قطعا كلام المنح حيث قال : وقوله أى الزيلعى للمقر أن يرجع عنه محله ما إذا لم يصدق المقر له على إقراره ، أو لم يقر بمثل إقراره الخ ، وعزاه لبعض شروح السراجية فقوله : أو لم يقر لاشك أن الضمير فيه للمقر عليه لا للمقر له فعلم أن قوله : المقر له صوابه المقر عليه كما عبر به صاحب المنح فى كتاب الفرائض ، ويدل عليه قوله الآتى إن بالتصديق يثبت النسب ، ولا يكون ذلك إلا من المقر عليه .

قال فى روح الشروح على السراجية : واعلم أنه إن شهد مع المقر رجل آخر أو صدقه المقر عليه ، أو الورثة وهم من أهل الإقرار ، فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت ، ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب حينئذ اه.

وفى شرح فرائض الملتقى للطرابلسى : وصح رجوعه لأنه وصية معنى ولا شىء للمقر له من تركته قال فى شرح السراجية المسمى بالمنهاج : وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه أو لم يقر بمثل إقراره ، أما إذا صدق إقراره قبل رجوعه ، أو أقر بمثل إقراره ، فلا ينفع المقر رجوعه عن إقراره لأن نسب المقر له قد ثبت من المقر عليه اه فهذا كلام شراح السراجية فالصواب التعبير : بعليه كما عبر به فى المنح فى كتاب الفرائض ، وإن كانت عبارتها هنا كعبارة الشارح وعبارة الشارح فى الفرائض غير محررة فتنبه .

أقول : لكن قد يقال إن هذا التصويب غير صحيح وإنما الخطأ فى الاستدراك بعده ، لأن الإقرار هنا من المقر له وهناك من المقر عليه فالاستدراك به غلط تأمل (قوله لكن الخ) استدراك عن الزيلعى والبدائع ، ولا شك أن الزيلعى وصاحب البدائع أولى بالاعتماد من شروح السراجية ، مع أن الوجه ظاهر معهما لأنه جعله وصية من وجه فباعتباره يصح الرجوع ، والوصية يصح الرجوع عنها ، سواء قبل الموصى له أم لا وما فى الزيلعى والبدائع موافق لما فى الكتب وعبارة الهداية : حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ، ثم أنكر المقر وراثته

فليحرر عند الفتوى (ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه فى الإرث) فيستحق نصف نصيب المقر (ولم يثبت نسبه)

ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار اه وأقره الشراح ، وقد صرح بأنه بعد تصديق المقر له لم يصح رجوعه، ونقله المصنف مزاد به بعد تصديق المقر عليه ، وهو الأب مثلا فيما إذا أقر بأخ .

وقال فى الدرر المنتقى : وعندى فى ثبوته بمجرد تصادقهما تردد ، ولعل مراد بعض شراحها بالتصديق تصديق أخ آخر كما مر فتدبر اهوذكر بعده فرعا آخر لو أقر الأخ بابن هل يصح ؟ قال الشافعية : لا لأن ما دعا وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره لأئمتنا صريحا وظاهر كلامهم نعم فليراجع اه .

وتوضيحه : أن أخا الميت لو أقر أن للميت ابنا قالت الشافعية لا يصح إقراره ، لأنه لو صح لبطل كونه وارثا، وإذا بطل كونه وارثا لم يصح إقراره، وظاهر كلام أئمتنا أنه أقر بسقوط حق فى الميراث، وأن المستحق له من أقر ببنوته للميت فينفذ عليه .

قال فى غاية البيان : وينبغى لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه ، لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير ، وليس له ذلك فإذا ثبت النسب ، فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته اه وإنما يثبت النسب بتصديق المقر عليه وهو الأب فيما إذا أقر بأخ لا بتصديق الأخ المقر له والله تعالى أعلم (قوله فليحرر عند الفتوى) تحريره أنه لو صدقه المقر له فله الرجوع ، لأنه لم يثبت النسب وهو ما فى البدائع ، ولو صدقه المقر عليه لا يصح رجوعه ، لأنه بعد ثبوته وهو ما فى شروح السراجية فمنشأ الاشتباه تحريف الصلة فالموضوع مختلف ولا يخفى أن هذا كله فى غير الإقرار بنحو الولد أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : ويقال أيضا فى تحريره أن الإقرار بالنسب إن لم يكن فيه تحميل على الغير ووجد التصديق لا يصح الرجوع فيه ، وإن كان فيه تحميل على الغير وصدقه المقر عليه فله الرجوع فالكلام فى مقامين ، وهذا حيث لم يكن الإقرار بنحو الولد كما علمت فتأمل(١) (قوله ومن مات أبوه الخ) هذه المسئلة بعينها فهمت مما تقدم فتقع مكررة إلا إن يقال إن المقر فى المسئلة السابقة مورث وهنا وارث وإن كانتا سواء فى عدم ثبوت النسب كما فى أبى السعود عن العينى .

قال فى البدائع : إذا أقر وارث واحد بوارث كمن ترك ابنا فأقر بأخ لا يثبت نسبه عندهما .

وقال أبو يوسف : يثبت وبه أخذ الكرخى ، لأنه لما قبل فى الميراث قبل فى النسب وإن كان أكثر من واحد بأن كانا رجلين أو رجلا وامرأتين فصاعدا يثبت النسب بإقرارهم بالإجماع لكمال النصاب ، ويستحق حظه من نصيب المقر اه حموى (قوله فأقر بأخ) وإن كان للمقر له أولاد فلا يشترط فى المقر أن يكون وارثا للمقر له ، بل ولو فى الجملة ط (قوله فيستحق نصف نصيب المقر) ولو معه وارث آخر شرح الملتقى وبيانه

(١) وأقول فالذى تحرر من كلامهم إن من أثبت بشاهدين إقرار الميت بالبنوة أو الأبوة صح لا بالأخوة ونحوها إلا أن يبرهن على تصديق المقر عليه أو يقر أحد الورثة أو يشهد آخر بنحو إقرار الميت .

واعلم أن إثبات الأخوة لابد من تفسيرها فى الدعوى والشهادة هل هى لأب مع أم او لأب فقط أو لأم فقط وكذا كل قرابة وفى البزازية إن لم يدع مالا وادعى الأخوة المجردة لايقبل لأن هذا فى الحقيقة إثبات البنوة على أبى المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ وفى الزيلعى ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماسا اه فانظر كيف المصادق لاثنين والمقاسم لما مالم يثبت نسبه لاحتياجه إلى امرأة أخرى فكيف بمن صادق واحد فقط اه منه .

لما تقرر أن إقراره مقبول فى حق نفسه فقط .

قلت : بقى لو أقر الأخ بابن هل يصح ؟ قال الشافعية : لا لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره

فى الزيلعى (قوله لما تقرر أن إقراره مقبول فى حق نفسه فقط) فصار كالمشترى إذا أقر أن البائع كان أعتق العبد المبيع يقبل إقراره فى العتق ، ولم يقبل فى الرجوع بالثمن بيانية .

وفى الزيلعى : فإذا قبل إقراره فى حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل إقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر ، فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما فى يده ، وعندهما يعنى عند مالك وابن أبى ليلى ثلث ما فى يده ، لأن المقر قد أقر له بثلث شائع فى النصفين فنفذ إقراره فى حصته، وبطل ما كان فى حصة أخيه ، فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر فى نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا ، ونحن نقول إنه فى زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره ، فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك ، فيكون الباقى بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما فى يده ، وعندهما خمسه ، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماسا ، وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده ، ولو أقر بجدة هى أم الميت أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به اهـ وتمامه فيه (قوله بابن) أى من أخيه الميت (قوله لأن ما أدى الخ) أى لأن ما أدى صحة وجوده وهو الإقرار إلى نفيه انتفى وهنا لو صح إقراره بابن الأخ تبين أنه ليس بوارث وإذا لم يكن وارثا لا يصح إقراره فأدى وجود هذا الإقرار إلى نفيه ، فينتفى من أصله يعنى لا يصح .

والحاصل : أن الأخ بإقراره بالابن يصير مقرا على نفسه فيحرم من الميراث بسبب الابن ، وإذا خرج من الميراث صار أجنبيا فإقراره غير صحيح ، ولم يكن مقرا على نفسه فلا يرث الابن فيعود الميراث له ، وهكذا فيلزم الدور الحكمى الذى عده الشافعية من موانع الإرث لأنه يلزم من التوريث عدمه ، فقد أدى وجود الإقرار إلى عدمه بيانه كما فى شرح البولاقى على شرح الشنشورى : أنه إذا أقر أخ حائز بابن للميت يثبت نسبه ، ولا يرث لأنه لو ورث لحجب الأخ ، فلا يكون الأخ وارثا حائزا فلا يقبل إقراره بالابن، فلا يثبت نسبه فلا يرث ، لأن إثبات الإرث يؤدى إلى نفيه ، وما أدى إثباته إلى نفيه انتفى من أصله وهذا هو الصحيح من مذهبهم . ويجب على المقر باطنا أن يدفع له التركة إن كان صادقا فى إقراره ، لأنه يعلم استحقاقه المال والقول الثانى للشافعى : أنه يثبت نسبه ويرث وبه قال أحمد : ونقل عن أبى حنيفة وقيل : لا يثبت ولا يرث وبه قال داود . وقال أبو يوسف : لا يثبت نسبه إلا بإقرار اثنين من الورثة وعند مالك يرث المقر له ولا يثبت نسبه إلا إذا أقر به عدلان من الورثة أو أقر به عدل ، وصدقه عدل آخر من الورثة هذا غاية ما رأيته .

ثم رأيت بعض الأفاضل أوضح المقام بقوله بيان الملازمة أو الإقرار لا يصح إلا من وارث ، وإذا صح هذا الإقرار صار هذا الأخ مع وجود الابن غير وارث ، وإذا صار غير وارث لم يصح الإقرار بالبنوة فلم تحصل فائدة ، فصار هذا الإقرار عبثا .

ولنا أنه أقر بشيئين المال والنسب على الغير . ومن المعلوم أن إقرار الشخص يسرى على نفسه ، والمال ملك نفسه فينفذ فيه ، ويلزمه دفعه له . وأما تحميل النسب على غيره ، فلا يملكه فلا ينفذ فيه إقراره على أنه

لأئمتنا صريحا وظاهر كلامهم نعم فليراجع .

(وإن ترك) شخص (ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر) لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه (وللآخر خمسون) بعد حلفه أنه لا يعلم أن أباه قبض شطر المائة قاله الأكمل .

قلت : وكذا الحكم لو أقر أن أباه قبض كل الدين

النسب يثبت فى حق المقر مؤاخذة له بزعمه حتى لو مات المقر لا عن وارث فإرثه لهذا المقر له لا لبيت المال هذا ما أفاده المتن قريبا .

فلهذا قال الشارح وظاهر كلامهم نعم . والأولى أن يجزم : لأن الإطلاق السابق يعمل به حتى يوجد ما يخصصه والمطلق السابق هو قوله وإن أقر بنسب على غيره إلى قوله ويصح فى حق نفسه ، ونظيره لو أقر بعبد فاكتسب ثم مات ثم صدقه المقر له يلزمه دفع الأكساب له مع أن الإقرار بالعبد نفسه بطل بالموت ، وكذا لو أقر المشترى بأن البائع أعتق العبد ينفذ فى حق نفسه (قوله وظاهر كلامهم نعم فليراجع) أى يصح الإقرار لأن مقتضى ما ذكروه هنا أن المقر إذا ثبت إقراره بنصاب الشهادة يثبت النسب ، وإن كان النصاب من الورثة وإلا فيعمل بالإقرار فى حق نفسه ، وإن لم يثبت النسب ، وهنا أقر بنسب على الغير ، فلا يقبل وأقر بالمال الذى يستحقه ظاهرا إنما هو للمقر له فيكون إقراره به على نفسه فيقبل . ويكفى فى إقراره كونه وارثا ظاهرا ، وإن تبين بإقراره أنه ليس بوارث لكن تقدم فى الشهادات أنه تقبل شهادة العتيق على معتقه إلا فى مسألة وهى رجل مات عن عم وبنت وأمتين وعبدين ، فأعتق العم العبدين فشهدا أن الثانية أخت الميت قبل الأولى : أى قبل الشهادة بالبينة أو بعدها أو معها لا تقبل بالإجماع لأنا لو قبلناها لصارت عصبة مع البنت ، فيخرج العم عن الوراثة فيبطل العتق اهـ .

والحاصل : أن ظاهر كلامهم صحة إقرار هذا الأخ بالابن وثبت نسبه فى حق نفسه فقط ، فيرث الابن دونه لما قالوا إن الإقرار بنسب على غيره يصح فى حق نفسه : حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة لا فى حق غيره . وقد رأيت المسئلة منقولة ولله الحمد والمنة فى فتاوى العلامة قاسم بن قطلو بغا الحنفى .

ونصه : قال محمد فى الأصل : ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة ، فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت أبيه أو أمه أو بعم أو بابن عم أخذ المقر له الميراث كله لأن الوارث المعروف أقر بأنه مقدم عليه فى استحقاق ماله وإقراره حجة على نفسه اهـ هذا كلامه .

ثم قال : فلما لم يكن فى هذا دور عندنا لم يذكر فى الموانع وذكر فى بابه اهـ وهذا مؤيد لما قدمناه قريبا عن بعض الأفاضل أيضا فاغتنمه (قوله فلا شيء للمقر) سبق قبل الاستثناء أن مختار أبى الليث أنه لا يلزمه قدر حصته ، وكان وضع هذا الفرع هناك أولى لأن الديون تقضى بأمثالها (قوله لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه) وذلك لأن المائة صارت ميراثا بينهما ، فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه ذلك صح فى نصيبه خاصة ، لا فى نصيب أخيه فبقيت حصة الآخر كما كانت ، فيجعل كأن المقر استوفى نصيبه ، ولأن الديون تقضى بأمثالها . وقد أقر المقر أن أباه أخذ خمسين فوجبت ، ثم تلتقى قصاصا على المديون فقد أقر بدين على الميت هو لا ينفذ فى حق الوارث الآخر ، وينفذ فى حقه خاصة ، والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئا كما إذا أقر عليه بدين آخر فيلزم المقر كما مر قبيل باب الاستثناء ولا يجرى فى هذه المسألة الخلاف السابق كما لا يخفى على الحاذق (قوله بعد حلفه) أى حلف المنكر لأجل الأخ لا لأجل الغريم لأنه لا ضرر على الغريم ، فلا ينافى ما يأتى

لـكنه هنا يحلف لحق الغريم زيلعى .

فصل فى مسائل شتى

(أقرت الحرة المكلفة بدين) لآخر (فكذبها زوجها صح) إقرارها (فى حقه أيضا) عند أبى حنيفة (فتحبس) المقرة (وتلازم) وإن تضرر الزوج وهذه إحدى المسائل الست الخارجة من قاعدة الإقرار حجة قاصرة على المقر . ولا يتعدى إلى غيره وهى فى الأشباه . وينبغى أن يخرج أيضا من كان فى إجارة غيره فأقر

ولو نـكل شاركه المقر فى الخمسين (قوله لـكنه الخ) الاستدراك يقتضى أن لا يحلف فى الأولى وبه صرح الزيلعى . وهو مخالف لما قدمه عن الأكمل ومر جوابه (قوله يحلف) أى المنكر بالله لم يعلم أنه قبض الدين ، فإن نـكل برئت ذمة المدين وإن حلف دفع إليه نصيبه بخلاف المسئلة الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم ، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه . وهنا لم يحصل إلا النصف فيحلفه زيلعى . وقد وفق أبو السعود بين العبارتين كما ذكرنا ، وحينئذ اندفع ما أبداه الحلبى من التنافى وحينئذ ، فقوله : حيث لايحلف مخالف لما قاله الأكمل فى المسألة الأولى يحلف الأخ بالله الخ . ولعل الذى نفاه الزيلعى الحلف لحق الغريم . والذى قاله الأكمل لحق أخيه المقر لأن كل من إذا أقر بشىء لزمه يحلف عند إنـكاره ليقضى عليه بالنـكول تأمل .

وفى الدر المنتقى : ولو مات عن ابنين وكان لأبيهما الميت دين على شخص فأقر أحدهما بقبض أخيه نصفه صح فى حصته وحينئذ فالنصف الباقى للآخر بعد حلفه .

قلت : وكذا الحـكم لو أقر بقبض كله لـكن هنا يحلف لحق الغريم ذكره الزيلعى وغيره اهـ .

والحاصل : أن فى المسألة الأولى لا يحلف لحق الغريم ، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه بخلاف المسألة الثانية فإنه يحلف المنـكر بالله ما تعلم أنه قبض الدين فإن نـكل برئت ذمته وإن حلف دفع إليه نصيبه . والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

فصل فى مسائل شتى

قال عزمى زاده : أفرز صاحب التسهيل ههنا مسائل مهمة وأدرجها تحت زيادة على سائر المتون ، واقتفى صاحب الدرر أثره : وانتحب المسائل المذكورة فيه من الـكافى اهـ والشارح رحمه الله تعالى جمع بين ما أتى به فى التسهيل ، وبين ماجرت به عادة المتون من ذكر مسائل شتى ، فترجم بها وفيه ظرفية الشىء فى نفسه ؛ لأن الفصل هو المسائل إلا أن يقال الفصل مراد به الألفاظ مراد بها المعانى فيكون من ظرفية الدال فى المدلول (قوله المـكلفة) أى العاقلة البالغة أى وهى حرة أو مأذونة ط (قوله فـكذبها زوجها) أما إذا صدقها فيظهر فى حقه اتفاقا (قوله أيضا) أى كما يصح فى حقها وتركه لظهوره (قوله ولا يتعدى إلى غيره) لأن كونه حجة إنما هو فى زعم المقرر وزعمه ليس حجة على غيره . ولذا لايظهر فى حق الولد والثمرة ٧ بخلاف البينة فإنها حجة فى حق الـكل ، لأن حجيتها بالقضاء وهو عام حموى (قوله وهذه إحدى المسائل الست) الثانية : لو أقر المؤجر بدين لاوفاء له إلا من ثمن العين المؤجرة فللدائن بيعها ، وإن تضرر المستأجر قال الشيخ صالح فى هذا إشارة إلى أن رب الدين إذا أراد حبس المديون ، وهو فى إجارة الغير يحبس ، وإن بطل حق المستأجر قاله تفقها فوافق بحث المؤلف الآتى .

لآخر بدين فإن له حبسه وإن تضرر المستأجر وهي واقعة الفتوى ولم نرها صريحة (وعندهما لا) تصدق فى حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم درر .

قلت : وينبغى أن يعول على قولها إفتاء وقضاء لأن الغالب أن الأب يعلمها الإقرار له أو لبعض أقاربها ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مرارا حين ابتليت بالقضاء كذا ذكره المصنف.

(مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان) وصدقها المقر له (ولها زوج وأولاد منه) أى الزوج (وكذبها) زوجها (صح فى حقها خاصة)

الثالثة لو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبى زوجها وصدقها الأب انفسخ النكاح بينهما، ومثل الأب الجد بخلاف ما إذا أقرت بالردة ، ولو طلقها ثنتين بعد الإقرار بالرق لم يملك الرجعة .

الرابعة : إذا ادعى ولد الأمة المبيعة ، وللمدعى على أخ ثبت نسبه وتعدى إلى حرمان الأخ من الميراث .

الخامسة : المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة فى حياة أخيه صحت ، وميراثه لولده دون أخيه .

السادسة : باع المبيع ثم أقر أن البيع كان تلجئة وصدقه المشترى ، فله الرد على بائعه بالعيب كذا فى الجامع قال الحموى قوله : لو أقر المؤجر الخ قال بعض الفضلاء : يؤخذ من هذا جواب حادثة لم أجد فيها نقلا ، وهو أن رب الدين إذا أراد حبس المديون ، وهو فى إجارة الغير هل يحبس وإن بطل حق المستأجر ، فهذا يشير إلى أنه يحبس وإن بطل حق المستأجر ، وقوله : لو أقرت مجهول النسب الخ .

وقعت حادثة بالقاهرة : وهي أن شخصا أقر فى مرض موته بأن فلانا أخى وشقيقى ، وللهذا المقر أخت شقيقة والمقرله غير أب المقر ، وكل منهما حر الأصل من الأب وصدقت على إقرار أخيها حتى لايشاركها بيت المال ، وهى شافعية المذهب وثبت الإقرار بين يدى قاض حنفى ، وحكم بصحة قاض شافعى فنازع صاحب بيت المال المقر له ، ودار سؤالهم بين العلماء ، فنهم من أجاب : بصحة الإقرار ، وهم الأكثر ، ومنهم : من أجاب ببطلانه ، ومنهم علامة الورى الشمس الرملى معللا بأنه محال شرعى إذ يستحيل أن يكون لواحد أبوان وقال بعض الفضلاء من الحنفية مقتضى مذهبنا بطلان الإقرار أى فى خصوص هذه المسئلة وإلا فلا يستحيل شرعا أن يكون للواحد أبوان أوثلاثة إلى خمسة كما فى ولد الجارية المشتركة إذا ادعاه الشركاء، بل قد يثبت نسب الواحد الحر الأصل من الطرفين كما فى اللقيط إذا ادعاه رجلان حران كل واحد منهما من امرأة حرة كما فى التاترخانية اه (قوله ولم نرها صريحة) هذا البحث لصاحب المنح : ومثله فى حاشية الأشباه للحموى كما قدمناه قريبا (قوله وعندهما لا) لما لم يقف على من يرجح قول الإمام على قولهما صرح بذكر قولهما فى المتن : فإن عادته كعادة أرباب المتون المألوفة التصريح بقولهما أيضا عند رجحان قولهما على قوله وكذا عند التساوى بينهما كما فى المولى عبد الحليم ولكن يأتى تصحيح قول الإمام (قوله فلا تحبس ولا تلازم) لأن فيه منع الزوج عن غشيانها وإقرارها فيما يرجع إلى بطلان حق الزوج لا يصح انتهى درر والظاهر أنه على قولهما يأمرها القاضى بالدفع وبيع عليها ما يباع فى الدين ط (قوله إفتاء وقضاء) منصوبين على الحال (قوله لأن الغالب الخ) فيه نظر إذ العلة خاصة والمدعى عام، لأنه لايظهر فيما إذا كان الإقرار لأجنبى ، وقوله : لتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده لايظهر أيضا إذا بالحبس عند القاضى لا عند الأب فإذا المعول عليه قول الإمام اه إذ لم يستند فى هذا التصحيح لأحد من أئمة الترجيح ط لكن قوله ، إذ الحبس عند القاضى مخالف لما مر فى بابه أن الخيار فيه للمدعى (قوله فى حقها خاصة) أى فى بعض الأحكام ، فإنه يظهر فى حق الزوج فى المستقبل حتى لو جاءت بولد بعده يكون

فولد علق بعد الإقرار رقيق خلافا لمحمد (لا فى حقــه) يرد عليه انتقاص طلاقها كما حققه فى الشرنبلالية (وحق الأولاد) .

وفرع على حقه بقوله : (فلا يبطل النكاح) وعلى حق الأولاد بقوله (وأولاد حصلت قبل الإقرار وما فى بطنها وقته أحرار) لحصولهم قبل إقرارها بالرق (مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لإنسان وصدقه)

ملكا للمقر له . ويملك عليها الزوج طلقتين فقط . وقد كان يملك عليها ثلاثا ، وهذا عند أبى يوسف فى حق الأولاد وإجماعا فى الطلاق والعدة ، فإن طلاقها اثنتان وعدتها حيضتان ، وقد كان يملك عليها ثلاثا وتعتد بثلاث حيض ، والعدة حق الزوج وحق الشرع . فقد ظهر إقرارها فى حق غيره كما نقله الشرنبلالى عن المحيط عن المبسوط (قوله فولد) التفريع غير ظاهر ، ومحله فيما بعد والظاهر أن يقال : فتكون رقيقة له كما فى العزمية ، ويأتى قريبا (قوله رقيق) عند أبى يوسف لأنه حكم برقيتها وولد الرقيقة رقيق درر (قوله خلافا لمحمد) هو يقول تزوجها بشرط حرية أولاده منها فلا تصدق فى إبطال هذا الحق اهـ منح : أى فيكون أولادها بعد الإقرار أحرارا وهذا ليس على إطلاقه لما فى الأشباه مجهول النسب إذا أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح ، وصار عبدا وهذا إذا كان قبل تأكد الحرية بالقضاء أما بعد قضاء القاضى عليه بحد كامل أو بالقصاص فى الأطراف لايصح إقراره بالرق بعد ذلك اهـ (قوله يرد عليه) أى على عدم صحة إقرارها فى حقه (قوله انتقاص طلاقها) وكذا عدتها كما علمت (قوله كما حققه فى الشرنبلالية) حيث قال : ويرد على كون إقرارها غير صحيح فى حقه انتقاص طلاقها لأنه نقل فى المحيط عن المبسوط : أن طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالإجماع لأنها صارت أمة ، وهذا حكم يخصها .

ثم نقل عن الزيادات : ولو طلقها الزوج تطليقتين ، وهو لايعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة ولو علم لايملك وذكر فى الجامع لا يملك علم أو لم يعلم قيل ما ذكره فى الزيادات قياس . وما ذكره فى الجامع استحسان .

وفى الكافى : آلى وأقرت قبل شهرين فهما مدته وإن أقرت بعد مضى شهرين فأربعة والأصل أنه متى أمكن تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير . ولم يتدارك بطل حقه . لأن فوات حقه مضاف إلى تقصيره ، فإن لم يمكن التدارك لا يصح الإقرار فى حقه ، فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك وبعد شهرين لايمكنه وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ، ثم أقرت يملك الثالثة ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ، ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة ، ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اهـ .

قلت : وعلى ما فى الكافى لا إشكال لقوله إن فوات حقه مضاف إلى تقصيره تأمل (قوله وفرع على حقه) الأولى أن يقول على قوله لا فى حقه (قوله مجهول النسب) قيد به احترازا عمن علم نسبه وحريته . فلا يصح إقراره بالرق لتكذيب العيان له كما لايخفى وكذا من علم أنه عتيق الغير ، ويصح هذا الإقرار من المجهول ، ولو كان صبيا مميزا كما فى تنوير الأذهان ويستثنى منه اللقيط حيث لايصح إقراره بأنه عبد لفلان إلا إذا كان بالغا أبو السعود .

وفى الأشباه : مجهول النسب : لو أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح وصار عبده إن كان قبل تأكد حريته بالقضاء أما بعد قضاء القاضى عليه بحد كامل ، أو بالقصاص فى الأطراف لايصح إقراره بالرق بعد ذلك وإذا صح إقراره بالرق فأحكامه بعده فى الجنايات والحدود وأحكام العبيد وفى التتف يصدق إلا فى خمسة : زوجته ومكاتبه ومدبره وأم ولده ومولى عتقه انتهى .

المقر له (صح) إقراره (فى حقه) فقط (دون إبطال العتق فإن مات العتيق يرثه وارثه إن كان) له وارث يستغرق التركة (وإلا فيرث) الكل أو الباقى كافى وشرنبلالية .

(المقر له قال مات المقر ثم العتيق فإرثه لعصبة المقر) ولو جنى هذا العتيق سعى فى جنايته لأنه لا عاقلة له ، ولو جنى عليه يجب أرش العبد وهو كالمملوك فى الشهادة لأن حريته بالظاهر ، وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق .

(قال) رجل لآخر (لى عليك ألف فقال) فى جوابه (الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر) كقوله حقا

أقول : وهذا يفيد مجهولة النسب أيضا (قوله صح إقراره فى حقه) أى وصار عبده إن كان قبل تأكد حريته بالقضاء كما علمت (قوله دون إبطال العتق) أى دون ما يتعلق بعصبة المقر من إرث المعتق بعد موت المقر (قوله يرثه وارثه الخ) لأنه مقدم على المعتق (قوله وإلا) صادق بأن لم يكن له وارث أصلا ، أو وارث لا يرث الكل كأحد الزوجين (قوله فيرث الكل) أى إن لم يكن له وارث أصلا (قوله أو الباقى) إن كان له وارث لا يستغرق (قوله كافى وشرنبلالية) الأولى شرنبلالية عن الكافى لقوله كذا فى الكافى . وعبارة الشرنبلالية عن المحيط وإن كان للميت بنت كان النصف لها ، والنصف للمقر له اهـ .

فعلم أن المراد بالوارث ذو الفرض أو العصبة ، وإن كان المقر له مقدما على الرد وهل يقدم على ذوى الأرحام يراجع .

قال فى الشرنبلالية : وإن جنى هذا العتيق سعى فى جنايته لأنه لاعاقلة له ، وإن جنى عليه يجب عليه أرش العبد ، وهو كالمملوك فى الشهادة ، لأن حريته فى الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ (قوله المقر له) فاعل يرث أى وإلا فيرث الكل أو الباقى المقر له (قوله فإرثه لعصبة المقر) لأنه لما مات انتقل الولاء إليهم ، بخلاف ما إذا كان حيا درر ، وذلك لأن إقراره بالرق لا يظهر فى حقهم ، فلو كان عصبة أولاده فمن قبل الإقرار أحرار يرثون ، ومن بعده من أمة أرقاء لا يرثون فتدبر ط .

والحاصل : أن الإقرار حجة قاصرة فما دام حيا يكون إرث العتيق للمقر له عند عدم الوارث وبعد المقر ينتقل الولاء لعصبته ، فيكون الإرث لهم فلا ينفذ إقراره عليهم ، ويستحقون الميراث دون المقر له (قوله لأنه لا عاقلة له) إذ الذى أعتقه صار رقيقا والمقر له لم يظهر حكمه فى حق ذلك العتيق (قوله ولو جنى عليه يجب أرش العبد) وعليه فقد صار الإقرار حجة متعدية فى حق المجنى عليه ، فينبغى زيادة هذه المسألة على الست المتقدمة آنفا (قوله لأن حريته بالظاهر) لأنا نظرنا فيها إلى ظاهر حرية المعتق حال إعتاقه (قوله قال رجل لآخر لى عليك ألف الخ) . أقول : هذه المسائل معرفة أو منكرة أو مكررة أو مقرونا بها البر ينبغى أن تذكر عند قول المصنف فى كتاب الإقرار قال : أليس لى عليك ألف فقال : بلى الخ لوجهين .

الأول : أنها من قبيل نعم .

والثانى : أنها نظيرة اتزنها واتزن فنظير الأول قوله : الحق ونحوه ، لأن المفعول المطلق أو المفعول به لا يستقل بنفسه لأن الهاء لابد له من مرجع سابق ونظير الثانى قوله الحق حق ونحوه ، لأنه كلام تام غير محتاج إلى ما قبله وكذلك اتزن ثم هذه الألفاظ الرواية فيها النصب ، وعليه كلام المصنف حيث صرح به فى النكرة إما بكونه على المصدرية والتقدير القول الحق الخ أو بكونه مفعولا به : أى ادعيت الحق الخ وجاز فى الكل الرفع على أنه خبر مبتدإ محذوف ، يدل عليه فحوى الكلام . فالتقدير : قولك الحق أو دعواك الحق الخ ، ولو قدر مجرورا فله وجه

ونحوه (أو كرر لفظ الحق أو الصدق) كقوله الحق الحق أو حقا حقا (ونحوه أو قرن بها البر) كقوله : البر حق أو الحق بر الخ (فإقرار ولو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا) يكون إقرارا لأنه كلام تام بخلاف ما مر لأنه لا يصلح للابتداء فجعل جوابا فكأنه قال ادعيت الحق الخ .

(قال لأمته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة أو قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد بها واحد منها) أى من هذه العيوب (لا ترد به) لأنه نداء أو شتمة لا إخبار (بخلاف هذه سارقة أو هذه آبقة أو هذه زانية أو هذه مجنونة) حيث ترد بأحدها لأنه إخبار وهو لتحقيق الوصف (وبخلاف يا طالق) أوهذه المطلقة فعلت كذا حيث تطلق امرأته لتمكنه من إثباته شرعا فجعل إيجابا ليكون صادقا بخلاف الأول درر .

(إقرار السكران بطريق محظور) أى ممنوع محرم (صحيح) فى كل حق فلوأقر بقود أقيم عليه الحد فى سكره

أيضا فيكون التقدير قولك : أو دعواك بالحق ولو لم يعرب فيحمل على واحد منهما، فلا يختلف الحكم فى الجميع فى الصحيح كذا فى الجامع العاملى (قوله ونحوه) بأن كرر اليقين أيضا معرفا أو منكرا (قوله أو قرن بها البر) قيد به لأنه لو قرن بها الصلاح لم يكن إقراراً لأن الصلاح محكم فى الرد إذ القول لايوصف به فيكون أمرا بالصلاح والاجتناب عن الكذب ، فيحمل ماقرن به عليه أطلقه ولكنه مقيد بالنصب ، إذ لو رفع يكون جملة تامة من مبتدأ وخبر فلا يجعل جوابا لما سبق بخلاف تكرير هذه الألفاظ حيث يحمل على التأكيد . وأشار بالمقارنة إلى أن البر لو انفرد معرفا أو منكرا أو مكررا لايكون إقرارا لعدم العرف عبد الحليم (قوله البر حق) هذا مما يصلح للاخبار ولا يتعين جوابا ، والذى فى نسخة الدرر البر الحق وهو فى بعض النسخ كذلك ، وهو ظاهر فإنه يحمل على الإبدال ط (قوله لأنه كلام تام) من مبتدأ وخبر مستقل بنفسه هذا هو المنطوق وجعله جوابا إنما هو باعتبار دلالة الحال ، وذا ساقط فى مقابله وقوله : لأنه لايصلح للإبتداء : أى لأن يكون كلاما مبتدأ هذا هو الظاهر أولا يصلح لأن يكون مبتدأ ، لأنه لو رفع يكون خبرا لمبتدأ يقدر بدلالة الحال ، وهو قولك أو دعواك على ما أشرنا إليه (قوله ياسارقة الخ) مأخذ هذه المسألة بتفاريعها من باب الإقرار بالعيب فى الجامع الكبير وإتيان المصنف بها فى أواخر باب العيب أنسب من إتيانه بها هنا كما لايخفى (قوله لأنه نداء) أى فيما عدا الأخير والنداء إعلام المنادى وإحضاره لا لتحقيق الوصف ولهذا لو قال لامرأته : يا كافرة لايفرق بينهما اه درر (قوله أوشتمة) أى فى الأخيرة وهى قوله هذه السارقة فعلت كذا أى ولم يكن لتحقيق الوصف وفى نسخة شتيمة : ويحتمل أن أو بمعنى الواو فإن كل أمثلة النداء تصلح للشتم وينفرد الشتم فى الأخيرة ط (قوله بخلاف هذه سارقة) وكذا هذه السارقة بلام التعريف الحاصل أن الاعتبار إلى مجىء الوصف خبرا فيستوى حينئذ كونه معرفا أو منكرا بخلاف مجيئه نعتا فحينئذ يحمل على الشتم هذا هو المصرح به فى تلخيص الجامع الكبير . وعليه كلام الكافى فيظهر منه أن تنكير هذه الأوصاف فى عبارة المصنف ليس للاحتراز (قوله حيث ترد بأحدها) أى لو اشتراها من لم يعلم بهذه الأخبار ثم علم ط .

أقول : فيه نظر لأن الشرط فى رد المبيعة بالعيب أن يوجد عند المشترى ، والبائع فلو أقر البائع بالعيب عنده ولم يوجد عند المشترى لاترد بل يكون قد زال تأمل (قوله بخلاف الأول) فإن السيد لايتمكن من إثبات هذه الأوصاف فيها (قوله بطريق محظور) متعلق بالسكران (قوله محرم) لاحاجة إليه (قوله صحيح) لتكليفه شرعا لقوله تعالى - لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى - خاطبهم تعالى ونهاهم حال سكرهم أشباه (قوله أقيم عليه الحد فى سكره) لعله سبق قلم . والصواب القصاص لأنه لافائدة فى انتظاره ، وأشار إلى أن الحد تارة يقصد به

وفى السرقة يضمن المسروق كما بسطه سعدى أفندى فى باب حد الشرب (إلا فيـ) ما يقبل الرجوع كالردة و (حد الزنا وشرب الخمر وإن) سكر (بطريق مباح) كشربه مكرها (لا) يعتبر بل هو كالإغماء إلا فى سقوط القضاء وتمامه فى أحكامات الأشباه .

تأديب بإيصال الألم إليه ، وهذا لايحصل فى حال السكر فلا يقام عليه فيه لأنه لايحس به كحد الشرب والقذف وتارة يقصد به تأديب غيره أو تحصل ثمرته ، وإن أقيم فى حال السكر لبقاء أثره بعده كالقود فإنه إن كان فى النفس يحصل به إزهاق الروح ، فلا فرق أن يكون فى حال الصحو لحصول المقصود به ، وهو زجر غيره أن يفعل كفعله وكذا فيما دون النفس المقصود به يحصل فى حال السكر أو فى حال الصحو . وينبغى أن يكون حد السرقة كذلك لبقاء أثره بعد الصحو (قوله وفى السرقة يضمن المسروق) أى لو أقر بالسرقة يتضمن ذلك الإقرار حق الله ، وهو إقامة الحد وحق العبد ، وهو ضمان المال فلا يلزمه الحد لدرئه بالشبهات ويصح فى حق العبد فيضمن المال المسروق (قوله سعدى أفندى) وعبارته هناك .

وقال صاحب النهاية : ذكر الإمام التمرتاشى ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة ، لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره ولكن يضمن المسروق ، بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه فى حال سكره لأنه لا فائدة فى التأخير لأنه لايملك الرجوع ، لأنهما من حقوق العباد ، فأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق انتهى :

ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لافائدة فى التأخير محل بحث وفى معراج الدراية بخلاف حد القذف فإنه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ، ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ، ثم يحد للسكر ذكره فى المبسوط . وفى معراج الدراية : قيد بالإقرار لأنه لو زنى أو سرق فى حاله يحد بعد الصحو بخلاف الإقرار وكذا فى الذخيرة انتهى انتهت .

أقول : لكن فى قوله بخلاف الإقرار أن الإقرار كذلك فما وجه المخالفة تأمل (قوله إلا فيما يقبل الرجوع كالردة) أى ولو بسب النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فإنها كسائر ألفاظ الردة خلافا لما قدمه الشارح فى بابها .

وكتب عليه سيدى الوالد رحمه الله تعالى كتابة حسنة حرر فيها أن القبول هو المذهب وأن عدم القبول هو مذهب مالك رحمه الله تعالى فارجع إليه والحكمة فى عدم صحة إقراره فيما يقبل الرجوع أن الردة مبنية على الاعتقاد وهو يعتمد وجود العقل ولا عقل له مع السكر ، ولو أقر ولذا لو ارتد فى سكره لاتصح ردته ، وعليه فينبغى أن لاتلحقه أحكام المرتد من بينونة زوجة ونحوه فليراجع أما من ثبتت ردته بالبينة وأنكر فإن إنكاره توبة فتلزمه أحكام المرتد كما صرحوا به (قوله وشرب الخمر) أى إذا أقر وهو سكران بأنه شرب الخمر الذى هو فيه أو غيره لايصح إقراره فلا يقام عليه الحد وإنما ترتب على البينة مثلا الأحكام ط (قوله لايعتبر) أى إقراره (قوله إلا فى سقوط القضاء) أى قضاء الصلاة أزيد من يوم وليلة ، فتسقط بالإغماء لابالسكر ، لأنه بصنعه كما فى الأشباه (قوله وتمامه فى أحكامات الأشباه) وعبارتها أحكام السكران هو مكلف لقوله تعالى — لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى — خاطبهم تعالى ونهاهم حال سكرهم ، فإن كان السكر من محرم ، فالسكران منه هو المكلف ، وإن كان من مباح فلا فهو كالمغمى عليه لايقع طلاقه .

واختلف التصحيح فيما إذا سكر مكرها أو مضطرا فطلق وقدمنا فى الفوائد أنه من محرم كالصاحى إلا

في ثلاث : الردة والإقرار بالحدود الخالصة والإشهاد على شهادة نفسه ، وزدت على الثلاثة : تزويج الصغير والصغيرة بأقل من مهر المثل أو بأكثر فإنه لاينعقد .

الثانية : الوكيل بالطلاق صاحيا إذا سكر فطلق لم يقع .

الثالثة : الوكيل بالبيع ، ولو سكر فباع لم ينفذ على موكله .

الرابعة : غصب من صاح ورده عليه وهو سكران وهي في فصول العمادى فهو كالصاحى إلا في سبع فيؤاخذ بأقواله وأفعاله . واختلف التصحيح بما إذا سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب أو العسل والفتوى على أنه سكر محرم ، فيقع طلاقه وعتاقه ولو زال عقله بالبنج لم يقع وعن الإمام أنه إن كان يعلم أنه بنج حين يشرب يقع وإلا فلا ، وصرحوا بكراهة أذان السكران ، واستحباب إعادته وينبغي أن لايصح أذانه كالمجنون . وأما صومه في رمضان فلا إشكال أنه إن صحا قبل خروج وقت النية أنه يصح إذا نوى لأنا لانشرط التبييت فيها ، وإذا خرج وقتها قبل صحوه أثم وقضى ، ولا يبطل الاعتكاف بسكره ويصح وقوفه بعرفات كالمغمى عليه ، لعدم اشتراط النية فيه واختلفوا في حد السكران ، فقيل : من لايعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة وبه قال الإمام الأعظم : وقيل من في كلامه اختلاط وهذيان ، وهو قولهما وبه أخذ أكثر المشايخ والمعتبر في قدح السكر في حق الحرمة ماقالاه احتياطا في الحرمات ، والخلاف في الحد والفتوى على قولهما في انتقاض الطهارة وفي يمينه لايسكر كما بيناه في شرح الكنز .

[تنبيه] قولهم إن السكر من مباح كالإغماء ، يستثنى منه سقوط القضاء فإنه لايسقط عنه ، وإن كان أكثر من يوم وليلة لأنه بصنيعه كذا في المحيط انتهى ماذكره في الأشباه .

قال في نور العين : ويلحق السكران بالصاحى في العبادات والحقوق فيلزمه سجدة تلاوة وقضاء الصلاة شح ، وإذا أفاق يلزمه الوضوء اوكان بحال لايعرف الذكر من الأنثى لا كمغمى عليه ومن سكر من شراب محرم أو من المثلث لزمه كل التكاليف الشرعية ، ويصح جميع عباراته وتصرفاته سواء شرب مكرها أو طائعا بزدوى .

السكر لو بمباح كشرب مكره ، ومضطر ، وشرب دواد ، وشرب مايتخذ من حبوب وعسل عند أبي حنيفة كالإغماء يمنع من صحة طلاق ، وعتاق وسائر التصرفات ، والسكر بمحظور كسكر من كل شراب محرم ، ونبيذ المثلث ، ونبيذ الزبيب المطبوخ المعتق لاينافى الخطاب ، فيلزمه جميع أحكام الشرع ، وتصح عباراته كلها بطلاق وعتاق وبيع وشراء ، وأقارير ، ويصح إسلامه لاردته استحسانا ولو أقر بقصاص أو باشر سببا لزمه حكمه ولو قذف أو أقر به لزمه الحد ولو زنى حد إذا صحا ولو أقر أنه سكر من خمر طائعا لم يحد حتى يصحو فيقرأ وتقوم عليه البينة ، ولو أقر بشيء من الحدود لم يحد إلا في حد قذف ، وتقام عليه الحدود إذا صحا .

قال في الهداية : لايحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وأنه شربه طوعا إذ السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره ، لايوجب الحد ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار والسكران الذى يحد عند أبي حنيفة ، هو من لايعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ، ولا يعقل الرجل من المرأة وعندهما من يهذى ويخلط كلامه إذ هو السكران في العرف ، وإليه مال أكثر المشايخ والمعتبر

في القدح المسكر في حق الحرمة ماقالا إجماعا أخذا بالاحتياط انتهى .

وقدمنا عن الأشباه أن الفتوى على قولها في انتقاض الطهارة ، وفي يمينه أن لايسكر وأنه يستثنى سقوط القضاء من قولهم السكر بمباح كإغماء ، فإنه لايسقط عنه وإن كان أكثر من يوم وليلة لأنه بفعله قال قاضيخان: يجوز جميع تصرفات السكران إلا الردة والإقرار بالحدود والإشهاد على شهادة نفسه، وفي محل آخر منه من سكر من خمر أو شراب متخذ من أصل الخمر وهو العنب والزبيب والتمر كنبيذ ومثلث وغيرهما ينفذ جميع تصرفاته عندنا وبه أخذ عامة المشايخ وقال الحسن ابن زياد الطحطاوى والكرخي والصفار ومالك والشافعي في أحد قوليه وداود الأصفهاني: لايصح منه تصرف ماوردته لاتصح عندنا استحسانا إذ الكفر واجب النفي لاواجب الإثبات وعن أبي يوسف أنه كان يأخذ بالقياس ، ويقول تصح ردته انتهى . قال : فلو قضى قاض بقول واحد من هؤلاء نفذ قضاؤه .

واختلاف المشايخ فيما يتخذ من حبوب وثمار وعسل من قال : بوجوب الحد بالسكر به يقول ينفذ تصرفاته ليكون زجرا له ومن قال : لايجب الحد به وهو الفقيه أبو جعفر والإمام السرخسي يقول لاينفذ تصرفاته واو شرب شرابا حلوا فلم يوافقه وذهب عقله بالصداع لا بالشراب فطلق قال محمد : لايقع وبه يفتى هذ كله في الشراب طائعا فلومكرها فطلق فالصحيح أنه لايقع وفي محل آخر منه، ولوشرب الخمر مكرها أو لضرورة وسكر فطلق اختلفوا فيه، والصحيح أنه كما لايلزمه الحد لايقع طلاقه ، ولاتنفذ تصرفاته ولوسكر مما يتخذ من حبوب وفواكه ، وعسل اختلفوا فيه قال الفقيه أبو جعفر : أنه كما لايلزمه الحد لاتنفذ تصرفاته قاضيخان .

لو كانت الخمر مغلوبة بالماء تحرم ، لكن لايحد شاربها مالم يسكر وفيما سوى الخمر مما يتخذ من عنب وزبيب، لايحد شاربه مالم يسكر، ومن سكر بالبنج فالصحيح أنه لايحد ، ولاتصح تصرفاته ولاتقع ردته ابن الهمام .

عدم وقوع طلاق السكران بالبنج والأفيون لعدم المعصية ، فإنه يكون للتداوى غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية ، حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وإدخال الآفة قصدا ينبغي أن نقول : يقع وقال أيضا اتفق مشايخ الحنفية والشافعية بوقوع طلاق من زال عقله بأكل الحشيش ، وهو المسمى ورق القنب لفتواهم بحرمته اتفاقا من متأخريهم إذ لم يظهر أمر الحشيش في زمن المتقدمين سنى طلاق السكران غير واقع ، وبه أخذ كثير من مشايخ بلخ ، وهو قول عثمان رضى الله تعالى عنه هذا نبيذ عسل وتين وحنطة وشعير وذرة حلال وإن لم يطبخ عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف إذا شرب بلا لهو ولا طرب لقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى كرم ونخل » خص التحريم بهما إذ المراد بيان الحكم ثم قيل : يشترط الطبخ لإباحته ، وقيل : لا وهو المذكور في الكتاب وهل يحد إذا سكر منه قيل لايحد وقالوا الأصح أنه يحد إذ روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحد بلا تفصيل إذ الفساق يجتمعون عليه في زماننا كما على سائر الأشربة بل فوق ذلك .

يقول الحقير : قوله الأصح موافق لما اختاره صاحب المبسوط كما مر لكنه مخالف لما نقله قاضيخان عن الفقيه أبي جعفر . ولما نقله البزدوى أيضا عن أبي حنيفة ، كما مر كلاهما في أول المبحث والله تعالى أعلم بالصواب هداية المثلث العنبي حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا قصد به التقوية لا التلهى، وعند محمد: حرام وعنه أنه حلال ، وعنه أنه مكروه وعنه أنه توقف فيه مختارات النوازل نبيذ تمر ، ونبيذ زبيب

(المقر له إذا كذب المقر بطل إقراره) لما تقرر أنه يرتد بالرد (إلا) فى ست على ما هنا تبعا للأشباه :

إذا طبخ أدنى طبيخ وإن اشتد إذا شرب مايغلب على ظنه ، أنه لايسكر من غير لهو ، ولا طرب جاز عند أبى حنيفة ، وأبى يوسف وهو الصحيح ، لأنه أبعد من تفسيق الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، ونبيذ حنطة وشعير وعسل حلال وإن لم يطبخ إذا شرب منه بلا لهو ، عند أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، فهو المثلث ولايحد شاربه عندهما ، ولايقع طلاقه وإن سكر منه ، وعن محمد أنه حرام ، ويحد شاربه إذا سكر منه ، ويقع طلاقه والأصح فيه قول محمد ، وكذا المتخذ من الألبان إذا اشتد ، فهو على هذا الخلاف أشباه صرحوا بكراهة أذان السكران ، والاستحباب الإعادة وينبغى أن لايصح أذانه كالمجنون فضلك .

سكران جمح فرسه فاصطدم إنسانا فمات ، لو كان يقدر على منعه فليس بمسير له فلا يضاف إليه سيره ، وكذا غير السكران لو عاجزا عن منعه .

زوج بنته الصغيرة بأقل من مهرها لو صاحيا جاز عند أبى حنيفة ، أما عندهما فقيل : يجوز النكاح لا النقصان ونص فى جمع أنه لايجوز النكاح عندهما ، ولو فى سكر اختلف على قول أبى حنيفة قيل : يجوز وقيل لا وهو الصحيح فقط .

تزوج امرأة بحضرة سكارى وعرفوا أمر النكاح إلا أنهم لايذكرون بعد صحوهم جاز ط .

وكله بطلاق فطلقها وهو سكران ، فلو وكله وهو سكران يقع إذ رضى بعبارته ولو وكله وهو صاح لايقع إذ رضى بعبارة الصاحى لا السكران خ .

وكيل ببيع وشراء إذا سكر بنبيذ تمر فلو يعرف البيع والشراء والقبض . قال سنجر : جاز عقده على موكله كما باشر لنفسه لا لو ببنج كمعتوه . وقال غيره : لايجوز فى النبيذ أيضا إذ بيع السكران إنما جاز زجرا عليه ، فلا يجوز على موكله فسقط رد الغصب على سكران ورفع ثوبه للحفظ مر فى أوائل فصل الضمان انتهت قال بعض الفضلاء وهل يدخل فى ذلك تصرفات الصبى السكران من إسلامه وغيره وكانت واقعة الفتوى تأمل .

أقول : الظاهر أنه لايدخل فى ذلك لأن البالغ السكران من محرم جعل مخاطبا زجرا له وتغليظا عليه والصبى ليس أهلا للزجر والتغليظ كذا ذكره فى الحواشى الحموية (قوله بطل إقراره) قال فى الذخيرة : من أقر لإنسان بشىء وكذبه المقر له فقال المقر أنا أقيم البينة على ذلك لاتقبل بينته اه بيرى ولو عاد المقر فى الإقرار ثانيا وصدقه المقر له كان للمقر له أن يؤاخذه بإقراره الثانى تاترخانية . والمعنى : أنه إذا كذبه ثم صدقه لايعمل تصديقه إلا فى المواضع المذكورة فإنه يعمل تصديقه بعد التكذيب ط .

أقول : وما نقله فى التاترخانية استحسان ، والقياس أن لايكون له ذلك وفى الذخيرة وصدقه المقر له بأن قال : لك على ألف درهم فقال المقر له : أجل لى عليك ولو أقر بالبيع وجحد المشترى ووافقه المقر فى الجحود أيضا ، ثم إن المقر له ادعى الشراء لايثبت الشراء ، وإن أقام المشترى بينة على ذلك ولو صدقه البائع على الشراء يثبت الشراء اه .

قال السيد الحموى أقول : وجه القياس أن الإقرار الثانى عين المقر به أولا فالتكذيب فى الأول تكذيب فى الثانى ووجه الاستحسان أن يحتمل أنه كذبه بغير حق لغرض من الأغراض الفاسدة ، فانقطع عنه ذلك الغرض ، فرجع إلى تصديقه فجاء الحق وزهق الباطل اه (قوله على ماهنا) أى على مافى المتن وإلا فسيأتى

(الإقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة والوقف) فى الإسعاف لو وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وإن ردّه قبل القبول ارتد (والطلاق والرق) فكلها لا ترتد ويزاد الميراث بزازية والنكاح كما فى متفرقات قضاء البحر وتمامه ثمة واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء وهما إبراء الكفيل لا يرتد وإبراء المديون بعد قوله

زيادة عليها (قوله الإقرار بالحرية) فإذا أقر أن العبد الذى فى يده حر تثبت حريته ، وإن كذبه العبد ط (قوله والنسب) قد تقدم فى باب دعوى النسب فيما تصح فيه دعوى الرجل والمرأة أنه لابد من تصديق هؤلاء إلا فى الولد إذا كان لايعبر عن نفسه ، ومن جملة مايشترط تصديقه مولى العتاقة إلا أن يحمل أنه إذا عاد إلى التصديق بعد الرد يقبل كما قلنا . ويدل على ذلك عبارة البحر فى المتفرقات ، فإنه قال وقيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإقرار بالرق ، والطلاق ، والعتاق والنسب والولاء ، فإنها لاترتد بالرد أما الثلاثة الأول ففى البزازية قال لآخر أنا عبدك ، فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه ، فهو عبده ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لايبطل بجحود المولى ، بخلاف الإقرار بالعين والدين ، حيث يبطل بالرد والطلاق والعتاق لايبطلان بالرد لأنهم إسقاط يتم بالمسقط وحده ، وأما الإقرار بالنسب ، وولاء العتاقة فى شرح المجمع من الولاء ، وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن اه فتصـــور المسائل المذكورة هنا مثل تصوير الرق إلا الطلاق والعتاق لما علل به ط (قوله والوقف) قال فى الأشباه : إن المقر له إذا رده ثم صدقه صح كما فى الإسعاف (قوله فى الإسعاف لو وقف على رجل الخ) يشير به للرد على المتن ، ولكن رأيت معزيا للخزانة مايوافق المتن ، وهو لو قال : لا أقبل يبطل وقيل لايبطل ، وهو المختار عند بعض المتأخرين اه لكن فيه أن الكلام فى الإقرار بالوقف ، لا فى الوقف وأيضا الكلام فيما لايرتد ، ولو قبل القبول على أن عبارة الإسعاف على مافى الأشباه والمنح هكذا ويزاد الوقف ، فإن المقر له إذا زاده ثم صدقه صح وهى موافقة لما نحن بذكره من أن الإقرار لايرتد بالرد ، ولو قبل القبول ، ومانقله الشارح من أن الوقف يرتد بالرد قبل القبول لابعده هو غير مانحن فيه . ونقل الحموى عن الاسعاف مايناسب هذا ، فقال : ولو أقر لرجلين بأرض فى يده أنها وقف عليهما أو على أولادهما ونسلهما أبدا ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها وقفا على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين لو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه . وهذا بخلاف مالو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فإنها لاتصير له مالم يقر له بها ثانيا ، والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها لاتصير ملكا لأحد بتكذيب المقر له فإذا رجع ترجع إليه والأرض المقر بكونها ملكا ترجع إلى ملك المقر بالتكذيب اه وهذا غير مانقله الشارح عنه كما علمت وهو المناسب للمقام والملائم لأن المقر له قد كذب المقر ثم صدقه يصح تصديقه فتأمل (قوله والرق) أى لو قال له أنا رفيقك فأنكر ثم ادعاه وصدقه العبد صح ومنه ماقدمه الشارح فى كتاب العتق عن الخلاصة قال لعبده أنت غير مملوك الخ (قوله ويزاد الميراث) أى فلا يعمل رد الوارث إرثه من المورث (قوله كما فى متفرقات قضاء البحر) وعبارته قيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والالاء ، فإنها لاترتد بالرد .

أما الثلاثة الأول . ففى البزازية قال لآخر : أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده ، ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لايبطل بجحود المولى بخلاف الإقرار بالعين والدين حيث يبطل بالرد ، والطلاق والعتاق لايبطلان بالرد لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففى شرح المجمع من الولاء وأما الإقرار بالنكاح ، فلم أره الآن انتهى (قوله واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء) أى من قولهم الإبراء يرتد بالرد

أبرئني فأبرأه لايرتد فالمستثنى عشرة فلتحفظ وفي وكالة الوهبانية ومتى صدقه فيها ثم رده لايرتد بالرد

ولا حاجة إلى ذكرهما هنا فإنهما ليسا مما نحن فيه ح : أى لأن الكلام فى الإقرار وما ذكره فى الإبراء.

وعبارته قال : ثم اعلم أن الإبراء يرتد إلا فيما إذا قال المديون : أبرئني فأبرأه فإنه لايرتد كما فى للبزازية وكذا إبراء الكفيل ، لايرتد بالرد فالمستثنى مسألتان كما أن قولهم : إن الإبراء لايتوقف على القبول ، ولايخرج عنه الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلاه كما قدمنا فى باب السلم .

والحاصل : أن الكلام فى أن الإقرار يرتد بالرد إلا فى مسائل وهاتان المسئلتان ليستا منها وحينئذ فلاوجه لزيادة ذلك قال فى كتاب المداينات الإقرار يرتد بالرد إلا فى مسائل .

الأولى : إذا أبرأ المحتال عليه فرده لم يرتد .

الثانية : إذا قال المديون أبرئني فأبرأه فرده لا يرتد .

الثالثة : إذا أبرأ الطالب الكفيل فرده لم يرتد وقيل يرتد .

الرابعة : إذا قبله ثم رده لم يرتد اه إلا أن يراد بقوله واستثنى مسئلتين من قولهم الإبراء يرتد بالرد أى كما أنه يستثنى من قولهم : إن الإبراء لايتوقف على القبول إلا الإبراء عن بدل الصرف والسلم ، فإنه يتوقف على القبول ليبطلاه فإذا كان الإبراء فى هاتين المسئلتين لا يرتد بالرد وإن لم يقبله بعد فمن باب أولى إذا رده ثم قبله فإنه لا يبطل ، وبهذا الاعتبار عدهما مسئلتين مما نحن فيه فتأمله (قوله فالمستثنى عشرة) أى على هذا المقال (قوله ومتى صدقه فيها) أى فى الإقرار بعين أو دين والإبراء والوكالة والوقف هذا ماتفيده عبارة العلامة عبدالبر ط .

أقول : ذكر فى شرح الوهبانية خمس مسائل مسئلة : الوكالة فقال : لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا ، وسكت يصير وكيلا ولو قال : لا أقبل بطل وسيأتى فى المقولة الآتية إمكان تصويرها ، وهذه المسئلة الأولى من النظم وقال أيضا الإقرار والإبراء لا يحتاجان إلى القبول ، ويرتدان بالرد وهنا أن الثانية والثالثة من النظم وقال أيضا : إذا سكت الموقوف عليه فى الوقف على فلان جاز ، ولو قال : لا أقبل بطل وفى وقف الأصل لا تبطل ، وهذه المسئلة الخامسة من النظم ثم قال : ولو صدقه فى هذا كله ثم رده لا يرتد انتهى . فغير هذا الشارح عبارته إلى ما ترى فضمير فيها يرجع إلى أربع مسائل مذكورة فى شرح الوهبانية : لا إلى الوكالة والمسئلة الرابعة من شرح الوهبانية هى هبة الدين ممن عليه الدين لا تصح من غير قبول ، خلافا لزفر كذا اختار السرخسى ، وقيل : الخلاف على العكس ، وفى قاضى خان مثله ، وذكر أبو الليث أنها تصح من غير قبول إلا أنها تبطل بالرد ، وفى الذخيرة والواقعات أن عامة المشايخ على أن هبة الدين (١) وإبراءه يتم من غير قبول .

وفى العمادية المذكور فى أكثر الكتب والشروح ، أن القبول ليس بشرط عندنا وهو الصحيح ، ثم ذكر عن الصغرى أنه يرتد بالرد انتهى ، فهذه خمس مسائل لكن لم يذكر قوله : ولو صدقه فى هذا كله الخ إلا بعد الأربعة الأول : وهى الوكالة والإقرار والابراء والوقف ولا شك أن هذا المقصود لا يفهم من هذا الشرح (قوله لايرتد بالرد) قد علمت أن من جملة مرجع الضمير الوكالة وهى عقد غير لازم ، فكيف لا ترتد بالرد ويمكن تصويرها فيما إذا وكله بشراء معين ، وقبل الوكالة فاشتراه بمثل ما دين له من قدر الثمن ثم ادعى أنه رد

---

(١) هبة الدين من عليه أو إبراؤه لايحتاج فيهما إلى القبول اه منه .

وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء خلاف والضابط أن ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الرد وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق لا يقبل الرد وهذا ضابط جيد فليحفظ .

(صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما)

الوكالة فلا يقبل ط (قوله وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء) ذكره العلامة عبد البر فى إبراء الدائن مديونه من الدين ، وعبارته بعد ذكر هذه المسئلة . وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء اختلاف المشايخ .

ولو قال : أبرئنى مما لك على فقال أبرأتك فقال : لا أقبل فهو برىء وفى بعض النسخ هبة الدين ممن عليه لا تتم إلا بالقبول والإبراء يتم ، لكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء انتهى (قوله والضابط) قال العلامة عبد البر عن تقويم الدبوسى : الصدقة بالواجب : أى الثابت فى الذمة إسقاط كصدقة الدين على الغريم ؛ وهبة الدين له فتتم له بغير قبول وكذا سائر الاسقاطات تتم من غير قبول إلا أن ما فيه تمليك مال من وجه قبل الارتداد بالرد وما ليس فيه تمليك مال لم يقبل كإبطال حق الشفعة والطلاق وهذا ضابط جيد فتنبه له اه .

قال بعض الفضلاء : هذا الضابط ظاهر فيما يقبل الرد من الإنشاءات لكن هو خارج عما البحث فيه من كون الإقرار يرتد أولا يرتد إذ الإقرار لا تمليك فيه تأمل (قوله صالح الخ) وليت هذا الفرع ما جعل متنا ولا شرحا إذ أصل العبارة قال تاج الإسلام : وبخط شيخ الإسلام وجدته : صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما . ثم ظهر شىء فى التركة لم يكن وقت الصلح لا رواية فى جواز الدعوى ؛ ولقائل أن يقول : يجوز دعوى حصته منه . وهو الأصح ولقائل أن يقول : لا اه ثم اختصرها فى الأشباه وتبعه هنا قال الشرنبلالى نقلها فى الأشباه بما فيه اشتباه لا يليق . لأنه معزو إلى الخط . وفيه نظر وبرهن عليه فى رسالة اه ويؤيده ما سيأتى : لو صالح الورثة أحدهم ثم ظهر عين لم يعلموها هل تدخل فى الصلح ؟ قولان : أشهرهما : لا فهذا بلا إبراء فيه رواية مشهورة بعدم السماع . فكيف مع الإبراء الذى بمفرده يمنع السماع .

قال فى المحيط : لو أبرأ أحد الورثة الباقى ، ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه . وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه أى لأن الإبراء عن العين إذا منع دعواها فمصادقتهم له يعمل بها . وأيضا فرع المتن يحتمل أن يكون ما ظهر تحت يد الورثة وأنهم أقروا بأنه من التركة بعد ذلك فيكون بسبب الصلح فيه روايتان قيل : لا تسمع دعواه لأن المصالح خرج عن كل التركة ، والأشهر تسمع لأنه ما خرج إلا من قدر ما علم ، فإذا انضم الإبراء إليه ربما ازداد غير الأشهر قوة عليه وإذا كانت تحت يد أجنبى ، فكذا يقال إلا أن الإبراء لا يقوى غير الأشهر ، لعدم يد المبرأ ، وخلط الشارح يد الوصى بهذا الفرع فيه نظر آخر وإن ظهر تحت يد الورثة ، وأنكروا أنه من التركة فالابراء بانفراده مانع من الدعوى ، فكيف مع الصلح فكيف كان قوله لا رواية فيه ، فيه ما فيه بل قيل : يعمل بالإبراء الواقع فى ضمن صلح ظهر فساده بفتوى الأئمة فكيف به فى الصحيح ، فليت التاج أخذ تخريجه على هذا .

ويمكن توجيهه بأنه أراد أنه ظهر تحت يد أجنبى وتقدم عن ابن الغرس أنه او أبرأه مطلقا ثم ظهر أنه كان قبل الإبراء مشغول الذمة بشىء من تركة أبى المبرئ ، ولم يعلم بذلك ، ولا بموت أبيه إلا بعد الإبراء عمل الإبراء عمله ، ولا يعذر المبرئ .

وفى الخلاصة أبرأه عن الدعاوى ثم ادعى عليه مالا بالإرث عن أبيه إن مات أبوه قبل إبرائه صح الإبراء ولا تسمع دعواه ، وإن لم يعلم بموت الأب عند الإبراء اه ويأتى تمام الكلام على ذلك قريبا إن شاء الله تعالى

أو قال لم يبق لى حق من تركة أبى عند الوصى أو قبضت الجميع ونحو ذلك (ثم ظهر فى) يد وصيه من (التركة شىء لم يكن وقت الصلح) وتحققه (تسمع دعوى حصته منه على الأصح) صلح البزازية ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لى حق أى مما قبضته

(قوله أو قال) عطف على صالح لأنها مسئلة أخرى (قوله أو قبضت الجميع) أى لو أقر الوارث أنه قبض ما على الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل دينا تسمع دعواه منح عن الخانية .

وصى الميت إذا دفع ماكان فى يده من تركة الميت إلى ولد الميت ، وأشهد الولد على نفسه أنه قبض التركة ، ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى فى يد الوصى شيئا وقال من تركة والدى وأقام على ذلك بينة قبلت بينته .

قلت : ووجه قبولها أن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء ، ولو تنزلنا للبراءة فهى غير صحيحة فى الأعيان شرح وهبانية للشرنبلالى ، وفيه نظر لأن عدم صحتها معناه : أن لا تصير ملكا للمدعى عليه وإلا فالدعوى لا تسمع كما يأتى فى الصلح (قوله ثم ظهر فى يد وصيه) هذا إنما يظهر فى مسئلة الوصى لافى غيرها فلو ساق المصنف بتمامه إلى قوله : وقت الصلح ثم يقول أو ادعى فى يد الوصى شيئا وقال هذا من تركة والدى أو ادعى على رجل دينا لوالده تسمع دعواه فيما ذكر لكان أنسب فتأمل (قوله لم يكن وقت الصلح) أى لم يذكر (قوله وتحققه) المراد أنه أثبته وإلا فتحققه من غير إثبات لا يعتبر (قوله تسمع دعوى حصته منه على الأصح) قال فى الدرر : وفى المنتقى إذا دفع الوصى إلى اليتيم ماله بعد البلوغ فأشهد اليتيم على نفسه أنه قبض جميع تركة والده ولم يبق له من تركة والده قليل أو كثير إلا وقد استوفاه ثم ادعى شيئا فى يد الوصى ، وقال هو من تركة أبى وأقام البينة قبلت بينته ، وكذا لو أقر الوارث أنه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس ، ثم ادعى دينا على رجل تسمع دعواه انتهى .

قال الشرنبلالى : وصحة دعواه به لعدم ما يمنع منها لأن إشهاده أنه قبض جميع تركة والده الخ ليس فيه إبراء المعلوم عن معلوم ولا عن مجهول فهو إقرار مجرد لا يستلزم إبراء فليس ما نعا من دعواه ، ثم قال : وكذلك الحكم فى إقرار الوارث أنه استوفى دين والده . فلا يمنع هذا الإقرار دعوى الوارث بدين لمورثه على خصم له لأنه إقرار غير صحيح لعدم إبرائه شخصا معينا أو قبيلة معينة ، وهم يحصون ، وهذا بخلاف الاباحة لكل من يأكل شيئا من ثمرة بستانه فإنه يجوز ، وبه يفتى وبخلاف الإبراء ، عن مجهول لمعلوم فإنه صحيح كقول زيد لعمرو حاللنى من كل حق لك على ففعل برئ مما علم ومما لم يعلم وبه يفتى اه .

قال فى الخزانة : رجل قال لآخر حاللنى من كل حق لك على إن كان صاحب الحق عالما بما عليه برئ المديون حكما وديانة ، وإن لم يكن عالما بما عليه برىء حكما لا ديانة فى قول محمد . وقال أبو يوسف : يبرأ حكما وديانة وعليه الفتوى اه قبل وإن لم تسمع الدعوى لا يحلف لأن اليمين فرع الدعوى ، إلا أن يدعى عدم صحة إقراره بأن قال كنت مكرها فى إقرارى أو كذبت فيه فإنه يحلف المقر له فقولهم : لعدم صحة الدعوى وعدم التحليف بعد الإبراء العام إنما هو فيما إذا لم يقع النزاع فى نفس الإقرار الذى تبتنى عليه الدعوى واليمين تأمل ولا تغفل عند الفتوى فإنه بحث بعضهم معى فى ذلك انتهى حموى (قوله صلح البزازية) عبارتها قال تاج الإسلام وبخط شيخ الإسلام وجدته : صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما ثم ظهر فى التركة شئ لم يكن وقت الصلح لا رواية فى جواز الدعوى ، ولقائل أن يقول : تجوز دعوى حصته منه ، وهو الأصح ولقائل أن يقول لاانتهت (قوله ولا تناقض)

على أن الإبراء عن الأعيان باطل ، وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة كما أفاده ابن الشحنة واعتمده الشرنبلالى

هذا وارد على ما إذا قال الوارث للوصى قبضت تركة والدى ، ولم يبق لى حق من تركة والدى لا قليل ؛ ولا كثير وحاصل الإبراء كما فى المنح وأصله لابن وهبان أن قولهم النكرة فى سياق النفى تعم انتقض لأن قوله : ولم يبق لى حق نكرة فى سياق النفى فعلى مقتضى القاعدة لا يصح دعواه بعد ذلك لتناقضه والمتناقض لاتقبل دعواه ، ولا بينته ، ثم أجاب بما ذكره المؤلف ط (قوله على أن الإبراء عن الأعيان باطل) أى الصادر من الوارث للوصى والمعنى لو أبقينا عموم النكرة ، لايصح لما ذكره وظاهر هذا ،ولو ذكرت وقت الصلح حيث كان الصلح عنها نفسها لا عن بدلها مستهلكة ، لأن الإبراء يشمل الدراهم والدنانير التى فى يد الموصى . أو باقى الورثة إذ هى أعيان والدين ما يكون ثابتا فى الذمة .

أقول : وكما أن الإبراء عن الأعيان باطل فكذا إجازة تلف المتلفات قال فى الوجيز من الدعوى : أتلف مال إنسان ثم قال المالك رضيت بما صنعت ، وأجزت ما صنعت لا يبرأ اه وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح ، ولوارثا كما فى البرازية عن العدة . وقول المصنف : فى الصلح أو الإبراء عن دعوى الباقى صريح فى ذلك ، وقول الشارح : ثمة : وظاهر الرواية الصحة مطلقا يفيد صحة البراءة عن الأعيان . ثم حققه بحمل بطلان الإبراء عن الأعيان على بطلانه فى الديانة ، وقيد فى البحر بطلان الإبراء عن الأعيان بالإنشاء . أما لو على وجه الإخبار ، كهو برىء مما لى قبله فهو صحيح متناول للدين والعين وكذا لا ملك لى فى هذا العين . وفى المبسوط ويدخل فى لاحق لى قبل فلان كل عين أو دين ، وكل كفالة أو إجارة أو جناية أو حد ثم قال شيخنا : وقوله لا حق لى ونحوه ليس من الإبراء بل إقرار ، ثم نقل عن الفواكه البدرية ما نصه أبرأ مطلقا أو أقر أنه لا يستحق عليه شيئا ثم ظهر أن المقر له كان مشغول الذمة بتركة أبى المقر ولم يعلم المقر بذلك ولا بموت أبيه إلا بعد الإقرار أو الإبراء عمل الإبراء والإقرار عمله ولا يعذر المقر كما قدمناه .

أقول إنما لم يفرق بين الإنشاء ، والإخبار لأنه الصحيح وظاهر الرواية ، وفيه قطع النزاع وقد تعورف من القضاة العمل عليه ، وقوله ليس من الإبراء يرده قول البزازية : اتفقت الروايات على أن المدعى لو قال لا دعوى لى ، أولا خصومة لى قبل فلان يصح ولا تسمع دعواه إلا فى حق حادث بعد الإبراء اه وسيأتى تمامه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله كما أفاده ابن الشحنة) لعله فى غير هذا المحل فإنه لم يذكره هنا عند ذكر هذه المسئلة ط (قوله واعتمده الشرنبلالى) أى فى حاشية الدرر وشرح الوهبانية : وعبارته فى الشرح بعد نقل ما قدمنا عن المنتقى عازيا لقاضيخان .

فإن قلت : إن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء فتقبل دعواه ، ولو تنزلنا للبراءة فهى غير صحيحة فى الأعيان ، فإن الإبراء عن الأعيان لا يصح ؛ بخلاف البراءة عن دعواه . ويعلم بهذا أن لا نقض على قول أئمتنا النكرة فى سياق النفى تعم . وإيراد صاحب عقد الفرائض أن هذه المسئلة انقضاء عليها لظنه أنه من قبيل الإبراء وليس كذلك ، فلا احتياج لما تكلفه الشارح أيضا من الجواب . وقد قال إنه ظهر له أن الوجه عدم صحة البراءة وهو كذلك وهذا ماخصه اه . وللشرنبلالى رسالة سماها [تنقيح الأحكام فى الإقرار والإبراء الخاص والعام] أجاب فيها بأن البراءة العامة بين الوارثين مانعة من دعوى شىء سابق عليها عينا كان أو دينا بميراث أو غيره وحقق ذلك بأن البراءة إما عامة كلا حق أولا دعوى أولا خصومة لى قبل فلان أوهو برىء من حقى أولا دعوى لى عليه أولا تعلق لى عليه أولا أستحق

عليه شيئا أو أبرأته من حق أو مما لى قبله : وإما خاصة بدين خاص كأبرأته من دين كذا أو عام كأبرأته مما لى عليه فيبرأ عن كل دين دون العين ، وإما خاصة بعين فتصح لنفى الضمان لا الدعوى فيدعى بها على المخاطب وغيره ، وإن كان عن دعواها فهو صحيح كما علمت .

ثم إن الإبراء لشخص مجهول لا يصح ، وإن لمعلوم صح ولو بمجهول ، فقوله قبضت تركة مورثى كلها أو كل من لى عليه شىء أو دين فهو برىء ليس إبراء عاما ولا خاصا بل هو إقرار مجرد لا يمنع من الدعوى ، لما فى المحيط قال لا دين لى على أحد ثم ادعى على رجل دينا صح لاحتمال وجوبه بعد الإقرار اه .

أقول : لكن فيه أن هذا الاحتمال يصدق فى الدعاوى كلها أو أكثرها بعد الإبراء العام مع أنها لا تسمع . والصواب التعليل بعدم صحة الإبراء للمجهول تأمل . وفيه أيضا : وقوله هو برىء مما لى عنده إخبار عن ثبوت البراءة لا إنشاء .

وفى الخلاصة : لا حق لى قبله ، فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحد اه . وفى الأصل : فلا يدعى إرثا ولا كفالة نفس أو مال ولا دينا أو مضاربة أو شركة أو وديعة أو ميراثا أو دارا أو عبدا أو شيئا من الأشياء حادثا بعد البراءة اه ، فما فى شرح المنظومة عن المحيط : أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه ، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه ، ظاهر فيما إذا لم تكن البراءة عامة لما علمته ، ولما سنذكر أنه لو أبرأه عاما ثم أقر بعده بالمال المبرإ به لا يعود بعد سقوطه .

وفى العمادية : قال ذو اليد ليس هذا لى أو ليس ملكى أو لا حق لى فيه أو نحو ذلك ولا منازع له حينئذ ثم ادعاه أحد فقال ذو اليد هو لى فالقول له ، لأن الإقرار لمجهول باطل والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد اه ومثله فى الفيض وخزانة المفتين ، فبهذا علمت الفرق بين أبرأتك أو لا حق لى قبلك وبين قبضت تركة مورثى أو كل من عليه دين فهو برىء ولم يخاطب معينا ، وعلمت بطلان فتوى بعض أهل زماننا بأن إبراء الوارث وارثا آخر إبراء عاما لا يمنع من دعوى شىء من التركة . وأما عبارة البزازية أى التى قدمناها فأصلها معزو إلى المحيط ، وفيه نظر ظاهر ومع ذلك لم يقيد الإبراء بكونه لمعين أو لا ، وقد علمت اختلاف الحكم فى ذلك .

ثم ان كان المراد به اجتماع الصلح المذكور فى المتون والشروح فى مسألة التخارج مع البراءة العامة لمعين فلا يصح أن يقال فيه لا رواية فيه . كيف وقد قال قاضيخان : اتفقت الروايات على أنه لا تسمع الدعوى بعده إلا فى حادث ، وإن كان المراد به الصلح والإبراء بنحو قوله قبضت تركة مورثى ولم يبق لى فيها حق إلا استوفيته فلا يصح قوله لا رواية فيه أيضا لما قدمنا من النصوص على صحة دعواه بعده .

واتفقت الروايات على صحة دعوى ذى اليد المقر بأن لا ملك له فى هذا العين عند عدم المنازع . والذى يتراءى أن المراد من تلك العبارة الإبراء لغير معين مع ما فيه .

ولو سلمنا أن المراد به المعين وقطعنا النظر عن اتفاق الروايات على منعه من الدعوى بعده فهو مباين لما فى المحيط عن المبسوط والأصل والجامع الكبير ومشهور الفتاوى المعتمدة كالخانية والخلاصة فيقدم ما فيها ولا يعدل عنها إليه .

وأما ما فى الأشباه والبحر عن القنية افترق الزوجان وأبرأ كل صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان

قائمة لاتبرأ المرأة منها ، وله الدعوى لأن الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا الأعيان اه فحمل على حصوله بصيغة خاصة كقوله أبرأتها عن جميع الدعاوى مما لى عليها ، فيختص بالديون فقط لكونه مقيدا بمالى عليها ويؤيده التعليل ، ولو بقى على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط وكافى الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من أبرأ إبراء عاما إلى مافى القنية اه هذا حاصل ماذكره الشرنبلالى فى رسالته المذكورة ، ومن رام الزيادة فليرجع إليها .

قال الشارح فى شرحه على الملتقى : وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتى فيها فإنه باطل ، وله أن يخاصم ؛ كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فإنه يبرأ ، ولو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمانه كما فى الأشباه من أحكام الدين .

قلت : ففرقوا بين أبرأتك وبرئت وأنا برىء لإضافة البراءة لنفسه فتعم ، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما فى حاشيتها معزيا للولوالجية .

ومن المهم مافى العمادية من الفصل السابع عن دعوى الخانية : اتفقت الروايات أن قوله لادعوى لى قبل فلان أو لاخصومة لى قبله يمنع الدعوى إلا فى حق حادث بعد البراءة كقوله برئت من هذا العبد ، أو خرجت منه ، أو لا ملك لى فيه فإنه يمنع دعواه اه كقوله لاحق لى قبله فإنه يعم كل عين ودين وكفالة وغيرها مطلقا لأن لاحق نكرة فى النفى والنكرة فى النفى تعم ، كذا أطلقه محشى الأشباه وغيره .

قلت : وهذا قضاء إلا المهر على ماقدمناه قبيل الصلح فتأمل ، وكما لو أبرأه عن الدعاوى فإنه يعم كلها إلا إذا ادعى مالا إرثا عن أبيه ولم يعلم بموته وقت الإبراء تسمع دعواه لا إن علم كما فى البزازية من الرابع عشر فى دعوى الإبراء ، ووقع فيها(١) بكراس وفى غيرها بترك جواب الشرط فليتنبه لذلك كذا أفاده الحانوتى فى فتاويه ، وذكر أن معنى الإبراء العام أن يكون للعموم مطلقا لا بقيد تركته أو تركتها فلا يحتاج لما استثناه فى الأشباه لأنه مخصص بتركة والده ، وقد قدمنا عدم سماعها ولو بالإرث حيث علم بموت مورثه إلا أن تخص المسألة المستثناة بمسألة الوصى دون الوارث فتأمل . قال : وذلك كله حيث لم تكن البراءة والإقرار بعد دعوى بشىء خاص ولم يعمم بأن يقول أية دعوة كانت أو مايفيد ذلك ، لما فى البزازية أيضا بعد قوله السابق بقوله : وفى المنية ادعى عليه دعاوى معينة ثم صالحه وأقر أنه لادعوى له عليه ثم ادعى عليه حقا تسمع ، وحمل إقراره على الدعوى الأولى إلا إذا عمم وقال أية دعوة كانت ونحوه كلا خصومة بوجه من الوجوه كما ذكره فى الصلح أى ونحوه مما يفيد العموم زائدا على قوله لادعوى له ، وبهذا الحل اضمحل توهم تناقض كلامهم ، لأن من صرح بعدم سماعها بعد الإبراء العام المطلق صرح بسماعها بعد إبراء الوارث وغيره لكن فى محال مختلفة ، وبهذا صارت مؤتلفة وبالله التوفيق ، انتهى مافى شرح الملتقى ، وقدمنا قبيل الإقرار عند قوله والتناقض فى موضع الخفاء عفو خلاصة ماحرره سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى رسالته [إعلام الأعلام بأحكام الإبراء العام] التى وفق فيها بين عبارات متعارضة ، ودفع مافيها من المناقضة ، فارجع إليها فإنها مفيدة فى بابها ، كافية لطلابها .

والذى تحرر فيها فى خصوص مسألتنا أن الإبن إذا أشهد على نفسه أنه قبض من وصيه جميع تركة والده

---

(١) (قوله ووقع فيها الخ) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة .

وسنحققه فى الصلح .

(أقر) رجل (بمال فى صك وأشهد عليه) به (ثم ادعى أن بعض هذا المال) المقر به (قرض وبعضه ربا عليه ، فإن أقام على ذلك بينة تقبل) وإن كان متناقضا لأنا نعلم أنه مضطر إلى هذا الإقرار شرح وهبانية .

قلت : وحرر شارحها الشرنبلالى أنه لا يفتى بهذا الفرع لأنه لا عذر لمن أقر ، غايته أن يقال بأنه يحلف المقر له على قول أبى يوسف المختار للفتوى فى هذه ونحوها اه .

ولم يبق له منها قليل ولا كثير إلا استوفاه ثم ادعى دارا فى يد الوصى وقال هذه من تركة والدى تركها ميراثا لى ولم أقبضها فهو على حجته وتقبل بينته كما نص عليه فى آخر أحكام الصغار للاستروشنى معزيا للمنتقى ، وكذا فى الفصل الثامن والعشرين من جامع الفصولين ، وكذا فى أدب الأوصياء فى كتاب الدعوى معزيا إلى المنتقى والخانية والعتابية مصرحين بإقرار الصبى بقبضه من الوصى ، فليس إلا إقرار المجهول كما ادعاه الشرنبلالى .

وممن نص على ذلك التصريح أيضا العلامة ابن الشحنة فى شرح الوهبانية وذكر الجواب عن مخالفة هذا الفرع لما أطبقوا عليه من عدم سماع الدعوى بعد الإبراء العام بأن الظاهر أنه استحسان .

ووجهه أن الابن لايعرف ماتركه أبوه على وجه التفصيل غالبا فاستحسنوا سماع دعواه اه ولهذا جعل صاحب الأشباه المسألة مستثناة من ذلك العموم الذى أطبقوا عليه ، وهذا بخلاف إقرار بعض الورثة بقبض ميراثه من بقية الورثة وإبرائه لهم فإنه لاتسمع دعواه ، خلافا لما أفتى به الخير الرملى مستندا إلى مالا يدل له كما أوضحه سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى رسالته المذكورة ، فلا يعدل عما قالوه لعدم النص فى ذلك .

فالحاصل الفرق بين إقرار الإبن للوصى وبين إقرار بعض الورثة للبعض ، لما فى البزازية عن المحيط : لو أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكروا لاتسمع دعواه ، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه .

ووجه الفرق بينهما أن الوصى هو الذى يتصرف فى مال اليتيم بلا اطلاعه فيعذر إذا بلغ وأقر بالاستيفاء منه لجهله . بخلاف بقية الورثة فإنهم لاتصرف لهم فى ماله ولا فى شىء من التركة إلا باطلاع وصيه القائم مقامه فلم يعذر بالتناقض ، ومن أراد زيادة بيان ورفع الجهالة فعليه بتلك الرسالة ففيها الكفاية لذوى الدراية . وبه علم أنه ماكان ينبغى للمصنف أن يذكر مافى البزازية متنا . وأما ماسيجىء آخر الصلح فليس فيه إبراء عام ، وأما الأمر بالرد فقد بينا وجهه قريبا فلا تنسه فتدبر (قوله وسنحققه فى الصلح) كان عليه أن يقول وسنحقق خلافه لأن جعل الإبراء عن الأعيان مبطلا لدعواها قضاء ، وقد علمت أنه ليس فيه إبراء عام (قوله ربا عليه) أى على القرض (قوله شرح وهبانية) أى لابن الشحنة . ومثله فى القنية معزيا لعبد القادر فى الطبقات عن علاء الدين . وبه أفتى فى الحامدية ، والخير الرملى فى فتاويه الخيرية من الدعوى (قوله قلت وحرر الخ) أقول : يتعين الإفتاء بالمنقول لأنه مضطر ، فلا يرد لاعذر لمن أقر لاسيما وقد علمت أنه أفتى بالمتن هؤلاء الأجلاء المتأخرون (قوله لأنه لاعذر لمن أقر) فيه أن اضطراره إلى هذا الإقرار عذر (قوله غايته أن يقال الخ) ولأنه لايتأتى على قول الإمام لأنه يقول بلزوم المال ولا يقبل تفسيره وصل أو فصل . وعندهما إن وصل قبل وإلا فلا . ولفظة ثم تفيد الفصل فلا يقبل اتفاقا شرنبلالى ، وقد ضمن يقال معنى يفتى فعداه بالباء ط .

وحاصل مايقال من تحرير الشرنبلالى أنه لافائدة لدعواه أن بعض المقر به ربا إلا تحليف المقر له بناء على قول الثانى إذا ادعى أنه أقر كاذبا يحلف المقر له ، وهذه المسألة من أفرادها فلذا قال فى هذه ونحوها . ولقد أبعد من حمل قول أبى يوسف على الضرورة فقط كما فى هذه المسألة كما مر قبيل استثناء ولاتنس ماقدمناه فى شتى القضاء فتحصل أن المفتى به هو المنقول الذى مشى عليه المصنف (قوله بأنه يحلف المقر له) على أنه لم يكن بعضه ربا

قالت : وبه جزم المصنف فيمن أقر فتدبر .

(أقر بعد الدخول) من هنا إلى كتاب الصلح ثالث فى نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح (أنه طلقها قبل الدخول لزمه مهر) بالدخول (ونصف) بالإقرار .

(أقر المشروط له الربع) أو بعضه (أنه) أى ربع الوقف (يستحقه فلان دونه صح) وسقط حقه

بل كله دين ثابت فى ذمته شرعا (قوله وبه) أى بقول أبى يوسف فيمن أقر : أى قبيل الاستثناء ، وفى بعض النسخ فيما مر .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : ويمكن التوفيق بين الكلامين ، بأن يقال : إن قامت البينة على إقراره بالمال ينبغى أن لاتسمع دعواه أن بعضه ربا ، وإن قامت على أن بعضه ربا تقبل فتأمل (قوله من نسخ الشرح) أى المنح (قوله لزمه مهر بالدخول) فيه أن إقراره بعد الدخول أنه طلقها قبل الدخول إقرار بالزنا . وليس فيه شبهة دارئة للحد ، لا شبهة فعل ولا شبهة محل ولا شبهة عقد ، إذ لم تذكر الموطوأة بعد الطلاق قبل الدخول فى واحدة منها ولا عدة عليها فكيف يلزمه المهر ، وقد تتبعت المجمع وغيره فلم أر فيه سوى مسألة واحدة فى فصل المهر وهى لو أزال عذرتها بدفع وطلقها قبل الدخول فعليه نصفه ، وأفتى بكله .

وفى متن المواهب أخرى وتقدمت هنا فى باب العدة وهى لو أقر بطلاقها منذ سنين فكذبته أو قالت لا أدرى تعتد من وقت الإقرار وتستحق النفقة والسكنى ، وإن صدقته اعتدت من حين الطلاق : وقيل الفتوى على وجوبها من وقت الإقرار بلا نفقة اه . قال الشارح : غير أنه إن وطئها لزمه مهران ، ولا نفقة ولا كسوة ولا سكنى لها لقبول قولها على نفسها خانية .

قال : ثم لو وطئها حد : أى بعد الثبوت والظهور . وأفاد فى البحر أنه بعد العدة لعدم الحد بوطء المعتدة اه . فتأمل وراجع . وقد يقال : إنما سقط الحد هنا لعدم الإقرار بالزنا أربعا صريحا فتأمل (قوله وسقط حقه) قيل عليه الإقرار على الراجح إخبار ، وبنوا عليه أنه إذا أقر بشيء ولم يكن مطابقا لنفس الأمر لايحل للمقر له أخذه ، فغاية ما حصل بالإقرار المؤاخذة به ظاهرا ، والسؤال إنما هو عن سقوط الحق حقيقة فأين هذا من ذاك ؟ لكن الإقرار باستحقاق فلان الربع لايستلزم الإقرار بكونه هو الموقوف عليه كما قد يتوهم كما يأتى تتمته قريبا مع بيان ما فيه عند قوله ولو كتاب الوقف بخلافه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قوله وسقط حقه الظاهر أن المراد سقوطه ظاهرا : فإذا لم يكن مطابقا للواقع لا يحل للمقر له أخذه . ثم إن هذا السقوط ما دام حيا ، فإذا مات عاد على ما شرط الواقف .

قال السائحانى فى مجموعته : وفى الخصاف قال المقر له بالغلة عشر سنوات من اليوم لزيد . فإن مضت رجعت للمقر له ، فإن مات المقر له أو المقر قبل مضيها ترجع الغلة على شرط الواقف فكأنه صرح ببطلان المصادقة بمضى المدة أو موت المقر .

وفى الخصاف أيضا : رجل وقف على زيد وولده ثم للمساكين فأقر زيد به وبأنه على بكر ثم مات زيد بطل إقراره لبكر .

وفى الحامدية : إذا تصادق جماعة الوقف ثم مات أحدهم عن ولد فهل تبطل مصادقة الميت فى حقه الجواب : نعم ، ويظهر لى من هذا أن من منع عن استحقاقه بمضى المدة الطويلة إذا مات فولده يأخذ ما شرطه الواقف له لأن الترك لا يزيد على صريح المصادقة ، ولأن الولد لم يتملكه من أبيه وإنما تملكه من الواقف اه .

ولو كتاب الوقف بخلافه

أقول : اغتر كثيرا بهذا الإطلاق وأفتوا بسقوط الحق بمجرد الإقرار . والحق الصواب أن السقوط مقيد بقيود يعرفها الفقيه .

قال العلامة الكبير الخصاف : أقر فقال غلة هذه الصدقة لفلان دونى ودون الناس جميعا بأمر حق واجب ثابت لازم عرفته ولزمنى الإقرار له بذلك . قال أصدقه على نفسه وألزمها أقربه مادام حيا . فإذا مات ردت الغلة إلى من جعلها الواقف له لأنه لما قال ذلك جعلته كأن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له . وعلله أيضا بقوله لجواز أن الواقف قال إن له أن يزيد وينقص وأن يخرج وأن يدخل مكانه من رأى فيصدق زيد على حقه اه .

أقول : يؤخذ من هذا أنه لو علم القاضى أن المقر إنما أقر بذلك لأخذ شيء من المال من المقر له عوضا عن ذلك لكى يستبد بالوقف أن ذلك الإقرار غير معمول به لأنه إقرار خال عما يوجب تصحيحه مما قاله الإمام الخصاف وهو الإقرار الواقع فى زماننا فتأمله . ولا حول ولا قوة إلا بالله بيرى . أى لو علم أنه جعله لغيره ابتداء لايصح كما تقدم فى الوقف .

أقول : وإنما قال أصدقه على نفسه الخ لأنه إذا كان الوقف على زيد وأولاده ونسله ثم على الفقراء فأقر زيد بأن الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لا يصدق على ولده ونسله فى إدخال النقص عليهم بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجودا من ولده ونسله . فما أصاب زيدا منها كان بينه وبين المقر له ما دام زيد حيا فإذا مات بطل إقراره ولم يكن للمقر له حق . وإن كان الوقف على زيد ثم من بعده على الفقراء فأقر زيد بهذا الإقرار لهذا الرجل شاركه الرجل فى الغلة مادام حيا فإذا مات زيد كانت للفقراء ولم يصدق زيد عليهم . وإن مات الرجل المقر له وزيد حى فنصف الغلة للفقراء والنصف لزيد فإذا مات زيد صارت الغلة كلها للفقراء اه خصاف ملخصا وتمام الكلام على ذلك فى التنقيح لسيدى الوالد رحمه الله تعالى مع فوائد نفيسة . وقد مر فى الوقف فراجعه (قوله ولو كتاب الوقف بخلافه) حملا على أن الواقف رجع عما شرطه وشرط ما أقر به المقر ذكره الخصاف فى باب مستقل أشباه .

أقول : لم أر شيئا منه فى ذلك الباب . وإنما الذى فيه ما نقله البيرى آنفا . وليس فيه التعليل بأنه رجع عما شرطه . ولذا قال الحموى إنه مشكل . لأن الوقف إذا لزم لزم ما فى ضمنه من الشروط إلا أن يخرج على قول الإمام بعدم لزومه قبل الحكم ويحمل كلامه على وقف لم يسجل اه ملخصا .

قلت : ويؤيده ما مر عن الدرر قبيل قول المصنف اتحد الواقف والجهة . وهذا التأويل يحتاج إليه بعد ثبوت النقل عن الخصاف والله تعالى أعلم .

والإقرار باستحقاق فلان الريع لايستلزم الإقرار بكونه هو الموقوف عليه حقيقة كما قد يتوهم ويصح الإقرار مع كون المقر هو الموقوف عليه . ألا ترى أن الوقف لو كان بستانا وقد أثمر فأقر الموقوف عليه بأن زيدا هو المستحق لهذه الثمرة صح الإقرار بطريق أنه باعه تلك الثمرة ، أما جعلها له بطريق التمليك فلا يملكه لكونه تمليك الثمر بدون الشجر إذ الاتصال بملك الواهب مخل بالقبض الذى هو شرط تمام التمليك اه .

قال الحموى : وفيه تأمل . وجهه أن بين ثمرة البستان وريع الوقف فرقا . وهو أن الثمرة عين موجودة يمكن قسمتها وتناولها فالإقرار به للغير يحمل على التمليك بطريق البيع وهو صحيح مطلقا . وجعلها للغير تمليك لا بطريق البيع بل بطريق الهبة وهبة المشاع قبل قسمته باطلة . وأما ريع الوقف فهو ما يخرج منه من أجرة

(ولو جعله لغيره) أو أسقطه لا لأحد (لم يصح وكذا المشروط له النظر على هذا) كما مر فى الوقف ،

وغيرها فالإقرار بها للغير لا يكون بطريق البيع (قوله ولو جعله لغيره) بأن أنشأ الجعل من غير إسقاط لتحسن المقابلة بينه وبين قوله أو أسقطه الخ لأنه إسقاط لمجهول فلا يسقط حقه (قوله لم يصح) أى لا يصح أن يصير لغيره لأن تصحيح الإقرار إنما هو معاملة له بإقراره على نفسه من حيث ظاهر الحال تصديقا له فى إخباره مع إمكان تصحيحه حملا أن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له كما مر .

أما إذا قال المشروط له الغلة أو النظر جعلت ذلك لفلان لا يصح لأنه ليس له ولاية إنشاء ذلك من تلقاء نفسه ، وفرق بين الإخبار والانشاء ، نعم لوجعل النظر لغيره فى مرض موته يصح إذا لم يخالف شرط الواقف لأنه يصير وصياعنه ، وكذا لوفرغ عنه لغيره وقرر القاضى ذلك الغير يصح أيضا لأنه يملك عزل نفسه والفراغ عزل ، ولا يصير المفروغ له ناظرا بمجرد الفراغ بل لابد من تقرير القاضى كما تحرر سابقا ، فإذا قرر القاضى المفروغ له صار ناظرا بالتقرير لابمجرد الفراغ وهذا غير الجعل المذكور هنا فافهم .

وأما جعل الريع لغيره فقال ط : إن كان الجعل بمعنى التبرع لغيره بأن يوكله ليقبضه ثم يأخذه لنفسه فلا شبهة فى صحة التبرع به ، وإن كان بمعنى الإسقاط فقال فى الخانية : إن الاستحقاق المشروط كإرث لا يسقط بالإسقاط اهـ .

قلت : ماعزاه للخانية الله أعلم بثبوته فراجعها ، نعم المنقول فى الخانية ماسيأتى ، وقد فرق فى الأشباه فى بحث مايقبل الإسقاط من الحقوق بين إسقاطه لمعين ولغير معين ، وذكر ذلك فى جملة مسائل كثر السؤال عنها ولم يجد فيها نقلا فقال : إذا أسقط المشروط له الريع حقه لا لأحد لايسقط كما فهمه الطرسوسى ، بخلاف ما إذا أسقط حقه لغيره انتهى أى فإنه يسقط ، لكنه ذكر أنه لايسقط مطلقا فى رسالته المؤلفة فى بيان مايسقط من الحقوق ومالا يسقط أخذا ممافى شهادات الخانية : من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لايبطل بابطاله ، فلو قال أبطلت حقى كان له أن يأخذه انتهى .

قلت : لكن لايخفى أن مافى الخانية إسقاط لالأحد ، نعم ينبغى عدم الفرق إذ الموقوف عليه الريع إنما يستحقه بشرط الواقف فإذا قال أسقطت حقى منه لفلان أو جعلته له يكون مخالفا لشرط الواقف حيث أدخل فى وقفه مالم يرضه الواقف لأن هذا إنشاء استحقاق ، بخلاف إقراره بأنه يستحقه فلان فإنه إخبار يمكن تصحيحه كما مر . ثم رأيت الخير الرملى أفتى بذلك ، وقال بعد نقل مافى شهادات الخانية : وهذا فى وقف المدرسة فكيف فى الوقف على الذرية المستحقين بشرط الواقف من غير توقف على تقرير الحاكم ، وقد صرحوا بأن شرط الواقف كنص الشارع فأشبه الإرث فى عدم قبوله الإسقاط ، وقد وقع لبعضهم فى هذه المسألة كلام يجب أن يحذر انتهى .

فإن قلت : إذا أقر المشروط له الريع أو بعضه أنه لاحق له فيه وأنه يستحقه فلان هل يسقط حقه ؟ قلت نعم ولو كان مكتوب الوقف بخلافه كما ذكره الخصاف فى باب مستقل .

[فرع] فى إقرار الإسماعيلية فيمن أقرت بأن فلانا يستحق ريع مايخصها من وقف كذا فى مدة معلومة بمقتضى أنها قبضت منه مبلغا معلوما فالإقرار باطل لأنه بيع الاستحقاق المعدوم وقت الإقرار بالمبلغ المعين ، وإطلاق قولهم لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه يصح ولو جعله لغيره لم يصح يقضى ببطلانه فإن الإقرار بعوض معاوضة (قوله وكذا المشروط له النظر على هذا) يعنى لو أقر أنه يستحقه فلان دونه صح ولو جعله

وذكره فى الأشباه ثمة وهنا ، وفى الساقط لا يعود فراجعه .

(القصص المرفوعة إلى القاضى لايؤاخذ رافعها بما كان فيها من إقرار وتناقض) لما قدمنا فى القضاء أنه لا يؤاخذ بما فيها (إلا إذا أقر) بلفظه صريحا .

(قال له على ألف فى علمى أو فيما أعلم أو أحسب أو أظن لا شىء عليه) خلافا للثانى فى الأول. قلنا : هى للشك عرفا ، نعم لو قال قد علمت لزمه اتفاقا .

لغيره لم يصح كذا فى شرح تنوير الأذهان ، فلو أقر الناظر أن فلانا يستحق معه نصف النظر مثلا يؤاخذ بإقراره ويشاركه فلان فى وظيفته مادداما حيين .

بقى لو مات أحدهما ، فإن كان هو المقر فالحكم ظاهر ، وهو بطلان الإقرار وانتقال النظر لمن شرطه له الواقف بعده . وأما لو مات المقر له فهى مسألة تقع كثيرا ، وقد سئل عنها سيدى الوالد رحمه الله تعالى مرارا . وأجاب عنها فى تنقيح الحامدية بأن الذى يقتضيه النظر بطلان الإقرار أيضا ، لكن لاتعود الحصة المقر بها إلى المقر لما مر ، وإنما يوجهها القاضى للمقر أو لمن أراد من أهل الوقف لأنا صححنا إقراره حملا على أن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له كما مر عن الخصاف ، فيصير كأنه جعل النظر لإثنين ليس لأحدهما الانفراد . وإذا مات أحدهما أقام القاضى غيره ، وليس للحى الانفراد إلا إذا أقامه القاضى كما فى الإسعاف انتهى . ولا يمكن هنا القول بانتقال ماأقر به إلى المساكين كما فى الإقرار بالغلة إذ لاحق لهم فى النظر وإنما حقهم فى الغلة فقط ، هذا ماحررد وقال ولم أر من نبه عليه فاغتنمه (قوله وذكره فى الأشباه ثمة وهنا) أى عند قوله يملك الإقرار من لايملك الإنشاء حيث قال : وعلى هذا لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه صح ولو جعله له لم يصح اه (قوله وفى الساقط لايعود فراجعه) عبارته هناك . قال قاضيخان فى فتاويه من الشهادات فى الشهادة بوقف المدرسة : إن من كان فقيرا من أهل المدرسة إلى آخر ماقدمناه قريبا (قوله القصص المرفوعة) فى عرضحال ونحوه من المكتوب (قوله لايؤاخذ) أى القاضى صاحبها بما فيها من إقرار ونحوه لأنه لاعبرة بمجرد الخط فافهم (قوله فى الأول) هو قوله فى علمى ، وظاهره أنه لاخلاف فى قوله فيما أعلم مع أنه بمعناه إذ قوله فى علمى أى معلومى (قوله لزمه اتفاقا) لأن قد فى مثله للتحقيق ط .

قال فى الكافى : من قال لفلان على ألف درهم فيما أعلم أو قال فى علمى لزمه المال وقالا : لايلزمه . له أنه أثبت العلم بما أقر به فيوجب تأكيده كما لو قال قد علمت . ولهما أن التشكيك يبطل الإقرار ، فقوله فيما أعلم يذكر للشك عرفا فصار كقوله فيما أحسب وأظن ، بخلاف قوله قد علمت لأنه للتحقيق اه .

والحاصل أن الشك عندنا هو التردد بين الطرفين مطلقا كان أحدهما راجحا أو مرجوحا فيكون شاملا للظن فالراجح هو الظن والمرجوح هو الوهم عند أهل المعقود ، وغالب الظن هو الطرف الراجح الذى يكون قريبا من الجزم وفوق الظن ، وهو عندهم ملحق باليقين . قال فى الهندية فى الباب الثانى من الإقرار : ولو قال لفلان على ألف درهم فيما أعلم أو فى علمى أو فيما علمت . قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : هذا باطل كله . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : هو إقرار صحيح .

وأجمعوا على أنه لو قال علمت أن افلان على ألف درهم أو قال لفلان على ألف درهم وقد علمت ذلك أن ذلك إقرار صحيح ، كذا فى الذخيرة . ولو قال له على ألف درهم فيما أظن أو فيما ظننت أو فيما أحسب أو فيما حسبت أو فيما أرى أو فيما رأيت فهو باطل كذا فى المبسوط اه . وفى البزازية : وفيما علمت يلزم .

(قال غصبنا ألفا) من فلان (ثم قال كنا عشرة أنفس) مثلا (وادعى الغاصب) كذا فى نسخ المتن ، وقد علمت سقوط ذلك من نسخ الشرح ، وصوابه وادعى الطالب كما عبر به فى المجمع وقال شراحه : أى المغصوب منه (إنه هو وحده) غصبها (لزمه الألف كلها) وألزمه زفر بعشرها . قلنا هذا الضمير يستعمل فى الواحد ، والظاهر أنه يخبر بفعله دون غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعا فلا يصح ، نعم لو قال غصبناه كلنا صح اتفاقا لأنه لا يستعمل فى الواحد .

(قال) رجل (أوصى أبى بثلث ماله لزيد بل لعمرو بل لبكر فالثلث للأول وليس لغيره شىء) وقال زفر : لكل ثلثه وليس للابن شىء . قلنا : نفاذ الوصية فى الثلث وقد أقر به للأول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثانى بها ، بخلاف الدين لنفاذه من الكل ، الكل من المجمع .

[فروع] أقر بشىء ثم ادعى الخطأ لم يقبل إلا إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتى ثم تبين عدم الوقوع لم يقع يعنى ديانة قنية .

وفى الخانية قال : علمى أن لفلان علىّ ألف درهم كان إقرارا فى قولهم ، وله علىّ ألف فى شهادة فلان أو فى علمه لايلزم شىء ، وبشهادة فلان أو بعلمه كان إقراراً لأن حرف الباء للإلصاق يقتضى وجود الملصوق به . وفى قضاء فلان القاضى أو الحكم برضانا يلزمه المال (قوله مثلا) فالمراد أنه أشرك معه غيره ولو واحدا (قوله كذا فى نسخ المتن) أى بعضها . وفى بعض نسخ المتن المغصوب منه (قوله وألزمه زفر بعشرها) لأنه أضاف الإقرار إلى نفسه وإلى غيره فيلزمه بحصته . قال فى الكافى : وعلى هذا الخلاف لو قال أقرضنا أو أودعنا أو له علينا أو أعارنا . وعلى هذا لو قال : كنا ثلاثة أو أربعة يلزمه الثلث أو الربع اهـ (قوله يستعمل فى الواحد) قال تعالى - إنا أرسلنا - وإنما قلنا بذلك وإن كان مجازا لما ذكره من قوله والظاهر (قوله وقال زفر لكل ثلثه) لأن إقراره للأول صحيح ، ولم يصح رجوعه بقوله بل ، وصح إقراره للثانى والثالث فاستحقا ، وقاسه على مسألة الدين إذا أقر به هكذا (قوله لنفاذه من الكل) وقد تقدم قبيل إقراره المريض (قوله أقر بشىء ثم ادعى الخطأ لم يقبل) عزاه فى المنح إلى الخانية .

قال محشيه الخير الرملى أقول : وذكر فى البزازية من كتاب القسمة فى الثانى من دعوى الغلط فيها : وإن ادعى أنه أخذ من حصته شيئا بعد القسمة يبرهن عليه وإلا حلف عليه ، وهذا إذا لم يقر بالاستيفاء ، فإن أقر وبرهن على ذلك لاتصح الدعوى إلا على الرواية التى اختارها المتأخرون أن دعوى الهزل فى الإقرار تصح ويحلف المقر له أنه ماكان كاذبا فى إقراره اهـ وهذا يدل على أنه يقبل ويحلف ، اللهم إلا أن يحمل كلام الخانية على أنه لايقبل فى حق البينة أو أنه على قول أبى حنيفة ومحمد لاعلى قول أبى يوسف الذى اختاره المتأخرون للفتوى وهو الظاهر فتأمله هذا .

وقد ذكر فى الخانية فى باب اليمين الخلاف المذكور ، ثم قال : يفوض ذلك إلى رأى القاضى والمفتى فراجعه إن شئت . ثم إنا لم نر فى إقرار الخانية هذه العبارة والشارح هنا تبع فى النقل مافى الأشباه والنظائر ، فإن هذه الفروع منقولة منه فكن على بصيرة .

وفى البحر عن خزانة المفتين : لو أقر بالدين ثم ادعى الإيفاء لا تقبل إلا إذا تفرقا عن المجلس اهـ (قوله لم يقع يعنى ديانة) أما إذا كان ذلك بين يدى القاضى فلا يصدقه فى البناء المذكور كما يؤخذ من مفهومه ، وبه صرح فى حواشى الأشباه ، كما لو أقر أن هذه المرأة أمه مثلا ثم أراد أن يتزوجها وقال وهمت ونحوه وصدقته

إقرار المكره باطل إلا إذا أقر السارق مكرها فأفتى بعضهم بصحته ظهيرية .
الإقرار بشيء محال

المرأة فله أن يتزوجها لأن هذا مما يجرى فيه الغلط ، وكذا لو طلق امرأة ثلاثا ثم تزوجها وقال لم أكن تزوجتها حين الطلاق صدق وجاز النكاح بيرى .

فإن قليل : كيف يتبين خلافه أجيب بأنه يحتمل أن يكون المفتى غير ماهر فى المذهب فأفتى من أعلم منه بعدم الوقوع ، ويحتمل أن المفتى أفتى أولا بالوقوع من غير تثبت ثم أفتى بعد التثبت بعدمه .

قال فى البزازية : ظن وقوع الثلاث بإفتاء من ليس بأهل فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود إليها فى الديانة لكن القاضى لا يصدقه لقيام الصك اه .

ومن فروع هذه المسئلة ما فى جامع الفصولين : تكلمت فقال هذا كفر وحرمت على به فتبين أن ذلك اللفظ ليس بكفر ، فعن النسفى أنها لا تحرم .

وفى مجمع الفتاوى : ادعى على إنسان مالا أو حقا فى شيء فصالحه على مال ثم تبين أنه لم يكن ذلك المال عليه وذلك الحق لم يكن ثابتا كان للمدعى عليه حق استرداد ذلك المال كذا ذكره الحموى (قوله فأفتى بعضهم بصحته) ولا يفتى بعقوبة السارق لأنه جور تجنيس وقهستانى وقد سلف ط .

نقل فى كتاب السرقة عن إكراه البزازية : من المشايخ من أفتى بصحة إقراره بها مكرها قال : وهو الذى يسع الناس وعليه العمل وإلا فالشهادة على السرقات من أندر الأمور . ونقل عن الزيلعى جواز ذلك سياسة وينبغى التعويل عليه فى زماننا لغلبة الفساد . وحكى عن عصام أنه سئل عن سارق ينكر ، فقال عليه اليمين ، فقال الأمير سارق ويمين هاتوا بالسوط فما ضربوه عشرة حتى أقر فأتى بالسرقة فقال : سبحان الله ما رأيت جورا أشبه بالعدل من هذا (قوله الإقرار بشئ محال) كقوله إن فلانا أقرضى كذا فى شهر كذا وقد مات قبله أو أقر له بأرش يده التى قطعها خمسمائة دينار ويداه صحيحتان لم يلزمه شيء كما فى حيل التاترخانية .

وعلى هذا أفتيت ببطلان إقرار إنسان بقدر من السهام لوارث وهو أزيد من الفريضة الشرعية لكونه محالا شرعا ، مثلا لو مات عن ابن وبنت فأقر الابن أن التركة بينهما نصفان بالسوية فالإقرار باطل لما ذكرنا ، ولكن لا بد من كونه محالا من كل وجه ، وإلا فقد ذكر فى التاترخانية من كتاب الحيل لو أقر أن لهذا الصغير على ألف درهم قرضا أقرضنيه أو من ثمن مبيع باعنيه صح الإقرار مع أن الصبى ليس من أهل البيع والقرض ولا يتصور أن يكون منه ، لكن إنما يصح باعتبار أن هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير عليه فى الجملة اه .

أقول : قال المحشى الحموى : هل منه ما إذا أقرت عقب العقد أن مهرها لزيد مثلا . قال فى شرح المنظومة والقنية : إذا أقرت وقالت المهر الذى لى على زوجى لفلان أو لوالدى فإنه لا يصح اه .

ويؤخذ من هذا واقعة الفتوى أن الرجل لو أقر لزوجته بنفقة مدة ماضية هى فيها ناشزة ومن غير سبق قضاء أو رضا وهى معترفة بذلك فإقراره باطل لكونه محالا شرعا .

قال بعض الفضلاء : وقد أفتيت أخذا من ذلك بأن إقرار أم الولد لمولاها بدين لزمها بطريق شرعى باطل شرعا وإن كتب به وثيقة لعدم تصور دين للمولى على أم ولده إذ الملك له فيها كامل والمملوك لا يكون عليه دين لمالكه اه .

وفى الحموى أن عدم صحة إقرار المرأة بالمهر الذى لها على زوجها لوالدها لكونه هبة دين لغيره من عليه

وبالدين بعد الإبراء منه باطل ولو بمهر بعد هبتها له على الأشبه؛ نعم لو ادعى دينا بسبب حادث بعد الإبراء العام

الدين ومنه ما إذا أقر أنه باع عبده من فلان ولم يذكر الثمن ثم جحد صح جحوده لأن الإقرار بالبيع بغير ثمن باطل كما فى قاضيخان وهو إحدى روايتين كما فى الولواجية. ومنه إذا زوج بنته ثم طلبوا منه أن يقر بقبض شىء من الصداق فالإقرار باطل لأن أهل المجلس يعرفون أنه كذب ولوالجية.

قال فى البيرى: يؤخذ منه حكم كثير من مسائل الإقرار الواقعة فى زماننا (قوله وبالدين بعد الإبراء منه الخ) قيد به لأن إقراره بالعين بعد الإبراء العام صحيح مع أنه أمن الأعيان فى الإبراء العام كما صرح به فى الأشباه. وتحقيق الفرق فى رسالة الشرنبلالى فى الإبراء العام.

قال الطحطاوى: صورة المسئلة: وهبت ازوجها مهرها ثم أقر به بعد الهبة لا يصح إقراره، وهذا لا ينافى ما ذكره العلامة عبد البر نقلا عن الخلاصة والصغرى قال رجل أقر لامرأته بمهر ألف درهم فى مرض موته ومات ثم أقامت الورثة البينة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها فى حياة الزوج لاتقبل لاحتمال الإبانة والإعادة على المهر المذكور، لكن فى فصول العمادى ما يقتضى أن الإقرار إنما يصح بمقدار مهر المثل اهملخصا. ثم نقلا عن المصنف أن الهبة فى المهر تخالف الإبراء، فلو أبرأته منه ثم أقر به لا يصح إقراره انتهت عبارة الطحطاوى.

قال فى جامع الفصولين: برهن أنه أبرأنى عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعى ثانيا أنه أقر لى بالمال بعد إبرائى فلو قال المدعى عليه أبرأنى وقبلت الإبراء وقال صدقته فيه لا يصح الدفع يعنى دعوى الإقرار، ولو لم يقله يصح الدفع لاحتمال الرد، والإبراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه بخلاف قبوله إذ لا يرتد بالرد بعده اه لكن كلامنا فى الإبراء عن الدين، وهذا فى الإبراء عن الدعوى.

وفى الرابع والعشرين من التاترخانية، ولو قال أبرأتك ممالى عليك فقال على ألف قال صدقت فهو برىء استحسانا لا حق لى فى هذه الدار فقال كان لك سدس فاشتريته منك فقال لم أبعه فله السدس، ولو قال خرجت من كل حق لى فى هذه الدار أو برئت منه إليك أو أقررت لك فقال الآخر اشتريتها منك فقال لم أقبض الثمن فله الثمن اه.

وفيها عن العتابية: ولو قال لا حق لى قبله برىء من كل عين ودين، وعلى هذا لو قال فلان برىء ممالى قبله دخل المضمون والأمانة، ولو قال هو برىء ممالى عليه دخل المضمون دون الأمانة، ولو قال هو برىء ممالى عنده فهو برىء من كل شىء أصله أمانة، ولا يبرأ عن المضمون، ولو ادعى الطالب حقا بعد ذلك وأقام بينة، فإن كان أرخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته، وإن لم يؤرخ فالقياس أن تسمع ويحمل على حق وجب بعدها. وفى الاستحسان لا تقبل بينته انتهى. قال بعض الفضلاء بعد أن ذكر عبارة جامع الفصولين المذكورة: فهذا أولى بالاستثناء مما ذكره وسيذكره المصنف فى بيان الساقط لا يعود، وبحث فيه بعض الفضلاء بأنه لاأولوية ولامساواة عند التأمل لأن هنا إنما صحت دعواه لاحتمال الرد كما اعترف به. وأما مااستثناه المصنف فالمقصود بالهبة الهبة المعتبرة شرعا المشتملة على الإيجاب والقبول وشرط الصحة واللزوم لأنها عند الإطلاق تنصرف إلى الكاملة هذا.

وعندى فى كون هذا الفرع داخلا تحت الأصل المذكور فى التاترخانية نظر يعرف بالتأمل فى كلامهم، لأنه إنما جاز ذلك لأنه يجعل زيادة فى المهر، والزيادة فى المهر جائزة عندنا. وأما ماوقع الإبراء منه وسقط فلايعود

وأنه أقر به يلزمه ذكره المصنف فى فتاويه .

قلت : ومفاده أنه لو أقر ببقاء الدين أيضا فحكمه كالأول وهى واقعة الفتوى فتأمل الفعل فى المرض أحط من فعل الصحة إلا مسألة إسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط فإنه صحيح فى المرض لا فى الصحة تتمة ، وتمامه فى الأشباه وفى الوهبانية :

لأن الساقط لا يعود . وعبارة البزازية تفيد ما قلته بعينه .

قال فى المحيط : وهبت المهر منه ثم قال اشهدوا أن لها على مهر كذا فالمختار عند الفقيه أن إقراره جائز وعليه المهر المذكور إذا قبلت لأن الزيادة لا تصح بلا قبولها . والأشبه أن لا يصح ولا تجعل زيادة بغير قصد الزيادة فاستثناؤه فى غير محله كما لا يخفى كذا فى الحواشى الحموية ، ويأتى أواخر الباب إن شاء الله تعالى (قوله ذكره المصنف فى فتاويه) ونصه : سئل عن رجلين صدر بينهما إبراء عام ثم إن رجلا منهما بعد الإبراء العام أقر أن فى ذمته مبلغا معينا للآخر فهل يلزمه ذلك أم لا؟ أجاب إذا أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه كما فى الفوائد الزينية نقلا عن التاترخانية نعم إذا ادعى عليه دينا بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنه أقر به يلزمه انتهى، وانظر ما فى إقرار تعارض البينات لغانم البغدادى (قوله قلت ومفاده) أى مفاد تقييد اللزوم بدعواه بسبب حادث (قوله أنه) أى الغريم (قوله ببقاء الدين) أى الذى أبرأه منه فليس دينا حادثا أى بأن ما أبرأنى منه باق فى ذمتى والفرق بين هذا وبين قوله السابق وبالدين بعد الإبراء منه أنه قال هناك بعد الإبراء لفلان على كذا وفى الثانية قال دين فلان باق على ، والحكم فيهما واحد وهو البطلان تأمل (قوله فحكمه كالأول) أى الإقرار بالدين بعد الإبراء منه أى فإنه باطل (قوله الفعل فى المرض) كالإقرار فيه بدين وكالتزوج والعتق والهبة والمحاباة (قوله أحط من فعل الصحة) فإن الإقرار فيه بدين مؤخر عن دين الصحة والتزوج ينفذ فيه بمهر المثل وتبطل الزيادة بخلاف الصحة والعتق وما بعده فى المرض تنفذ من الثلث ، وفى الصحة من الكل (قوله إلا فى مسئلة إسناد الناظر النظر لغيره) المراد بالإسناد التفويض فإنه إذا فوضه فى صحته لا يصح إلا إذا شرط له التفويض ، وإذا فوضه فى مرضه صح (قوله بلا شرط) أى شرط الواقف التفويض له أما إذا كان هناك شرط فيستويان (قوله تتمة) أى انتهى من التتمة ، وهى اسم كتاب .

والحاصل أن الناظر إذا فوض النظر لغيره فتارة يكون بالشرط وتارة لا ، وعلى كل إما فى الصحة أو فى المرض وقد تقدم فى الوقف فارجع إليه (قوله وتمامه فى الأشباه) قال فيها بعد عبارة التتمة : وفى كافى الحاكم من باب الإقرار فى المضاربة : لو أقر المضارب بربح ألف درهم فى المال ثم قال غلطت أنها خمسمائة لم يصدق وهو ضامن لما أقر به انتهى .

اختلفا فى كون الإقرار للوارث فى الصحة أو فى المرض فالقول لمن ادعى أنه فى المرض ، وفى كونه فى الصغر أو البلوغ فالقول لمن ادعى الصغر كذا فى إقرار البزازية . ولوطلق أو أعتق ثم قال كنت صغيرا فالقول له وإن أسند إلى حال الجنون ، فإن كان معهودا قبل وإلا فلا .

مات المقر فبرهن وارثه على الإقرار ولم يشهدوا له أن المقر له صدق المقر أو كذبه تقبل كما فى القنية .

أقر فى مرضه بشىء وقال كنت فعلته فى الصحة كان بمنزلة الإقرار بالمرض من غير إسناد إلى زمن الصحة.

قال فى الخلاصة : لوأقر فى المرض الذى مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان فى صحته وقبض الثمن وادعى ذلك المشترى فإنه يصدق فى البيع ، ولا يصدق فى قبض الثمن إلا بقدر الثلث ،

أقر بمهر المثل فى ضعف موته فبينة الإيهاب من قبل تهدر
وإسناد بيع فيه للصحة اقبلن وفى القبض من ثلث التراث يقدر
وليس بلا تشهد مقرا نعده ولو قال لا تخبر فخلف يسطر

وفى العمادية : لايصدق على استيفاء الثمن إلا أن يكون العبد قد مات قبل مرضه انتهى ، وتمامه فى شرح ابن وهبان انتهى (قوله أقر بمهر المثل) هو إصلاح بيت الوهبانية لشارحها ابن الشحنة ، وبيت الأصل :

أقر بألف مهرها صح مشرفا ولو وهبت من قبل ليس يغير

وصورتها: مريض مرض الموت أقر لزوجته بألف مهرها ثم مات فأقامت ورثته بينة أن المرأة وهبت مهرها لزوجها قبل مرضه لا تقبل والمهر لازم بإقراره . وفى فصول العمادى ما يقتضى أن ذلك إذا كان بمقدار مهر المثل ، وقد تقدم ذلك قريبا فلاتنسه ، وسيأتى قريبا . قال ابن الشحنة : ومسئلة البيت من الخلاصة والصغرى .

أقول : وقيد بمهر المثل ، إذ لو كان الإقرار بأزيد منه لم يصح ، ولا ينافى هذا ما قدمه الشارح من بطلان الإقرار بعد الهبة لاحتمال أنه أبانها ثم تزوجها على المهر المذكور فى هذه الصورة . وفيه أن الاحتمال موجود ثمة تأمل (قوله فبينة الإيهاب) أى لو أقامت الورثة البينة ومثله الإبراء كما حققه ابن الشحنة (قوله من قبل تهدر) أى البينة فى حال الصحة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها فى حياته لا تقبل ، وهذا ظاهر على قول الفقيه الذى اختاره . وأما على المذهب فيظهر لى أن الإقرار بعد الهبة هو المهدر ، لأنهم على ما يظهر فرضوا هذا الخلاف فى الصحة فيكون فى المرض بالأولى ، قال فى المنح : أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه إلا إذا أقر لزوجته بمهر بعد هبتها المهر منه على ما اختاره الفقيه ويجعل زيادة على المهر إن قبلت ، والأشبه خلافه لعدم قصد الزيادة اهـ ومر نحوه قريبا فلا تنسه (قوله وإسناد بيع) بالنصب مفعول لأقبلن أو مبتدأ خبره جملة اقبلن (قوله فيه) أى فى مرض موته (قوله اقبلن) أى إذا صدقه المشترى .

وصورة المسئلة كما فى المنتقى : لو أقر فى المرض الذى مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان فى صحته وقبض الثمن وادعى ذلك المشترى فإنه يصدق فى البيع ، ولا يصدق فى قبض الثمن إلا بقدر الثلث ، هذه مسئلة النظم إلا أنه أغفل فيه تصديق المشترى ابن الشحنة . وفى العمادية : لايصدق على استيفاء الثمن إلا أن يكون العبد قد مات قبل موته اهـ .

أقول : عدم التصديق فى القبض يفيد عدم نفاذ المحاباة فى هذا البيع ، ويشهد له ما فى شرح تحفة الأقران أقر فى مرضه بشىء وقال كنت فعلته فى الصحة كان بمنزلة الإقرار فى المرض من غير إسناد إلى زمن الصحة اهـ وارجع إلى ما قدمناه أوائل إقرار المريض عند قوله وإبرائه مديونه ولا تغفل (قوله التراث) أى الميراث (قوله وليس بلا تشهد الخ) هذا تصويب العلامة عبد البر لا بيت الأصل وهو :

وليس بإقرار مقالة لا تكن شهيدا ولا تخبر يقال فينظر

ملخصه أنه لو قال لا تشهد أن لفلان على كذا لايكون إقرارا بالاتفاق ، وإن قال لا تخبره أن له على كذا من حقه أو لحقه اختلف فيه . قال الكرخى : وعامة مشايخ بلخ أن الصحيح أنه ليس بإقرار . وقال مشايخ بخارى : الصواب أنه إقرار . قال فى القنية والمنية : هو الصحيح .

والفرق على كونه إقرارا أن النهى عن الشهادة نهى عن زور يشهد به والنهى عن خبر استكتام علمه عليه ، وقوله تشهد بسكون الدال المهملة (قوله نعده) بالنون وتشديد الدال أى لا نعد ذلك فى حكم الإقرار (قوله فخلف) قال المقدسى : ذكر محمد أن قوله لا تخبر فلانا أن له على ألفا إقرار .

ومن قال ملكي ذا لذا كان منشئا ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر
ومن قال لا دعوى لى اليوم عند ذا فما يدعى من بعد منها فمنكر

كتاب الصلح

مناسبته أن إنكار المقر سبب للخصومة المستدعية للصلح .
(هو) لغة اسم من المصالحة . وشرعا (عقد يرفع النزاع)

وزعم السرخسي أن فيه روايتين . قال ط : ينظر فيما إذا قاله ابتداء وذكر رواية الكرخي ومشايخ بلخ ورواية مشايخ بخارى المذكورتين . ثم قال : وجه كونه إقرارا أن النهي عن الاخبار يصح مع وجود المخبر عنه لقوله تعالى - وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به - ذمهم على الإخبار مع وجود المخبر عنه ، ومن شرط صحة الإخبار عنه فى الإثبات فكذلك فى النفي ، فكأنه أثبت المخبر عنه ، وكأنه قال لفلان على ألف درهم فلا تخبره بأن له على ذلك ، ولو قال ذلك كان إقرارا اه . ووجه كونه غير إقرار ما تقدم فى لا تشهد ، ومسئلتا البيت المذكورتان من قاضيخان من الملتقى (قوله ومن قال ملكي الخ) ملخصه و لو أضاف الشيء إلى نفسه فقال ملكي هذا المعين لفلان كان هبة يقتضى التسليم فلا يتم إلا به ، وإن لم يضفه إلى نفسه كان إظهارا وإقرارا لا يقتضى التسليم ، وهبة الأب لصغيره تتم بالإيجاب فلا يحتاج لقبض ابنه الصغير .

والحاصل أنه إذا قال ملكي ذا لهذا الشخص كان منشئا لتمليكه فيعتبر فيه شرائط الهبة ، ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر أى مقر ومخبر فلا يشترط فيه شروط الهبة (قوله لذا) أى لهذا الشخص (قوله كان منشئا) أى لتمليكه هبته (قوله فهو مظهر) أى مقر ومخبر ومسئلة البيت من قاضيخان من الملتقى (قوله ومن قال لا دعوى لى اليوم) صورتها : قال لآخر لا دعوى لى عليك اليوم فلا تسمع دعواه بعد ذلك اليوم بما تقدم لأنه إبراء عام حتى يتجدد له غيره عليه بعده وكذا لو قال تركته أصلا فهو إبراء ، وكذا لو قال تركت دعواى على فلان وفوضت أمرى إلى الآخرة لا تسمع دعواه بما لم يتجدد بعد الإبراء ، والله تعالى أعلم كما فى الشرنبلالية أى ولو إرثا حيث علم بموت مورثه وقته بزازية .

وفى الخلاصة أبرأه عن الدعاوى والخصومات ثم ادعى عليه مالا بالإرث عن أبيه ، إن مات أبوه قبل إبرائه صح الإبراء ولا تسمع دعواه ، وإن لم يعلم بموت الأب عند الإبراء اه وتقدم ذلك (قوله لى اليوم) بتحريك الياء من لى (قوله منها) أى من دعاوى اليوم أو ما تقدمه ، أما إذا كان بسبب حادث فتسمع كما سمعت (قوله فمنكر) بتخفيف الكاف مع إشباع الراء : أى ينكره الشرع ولا يقبله .

أقول : ومسئلة البيت من القنية على ما نقله صاحب الفوائد عنها ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الصلح

(قوله مناسبته الخ) يعني أن الصلح يتسبب عن الخصومة المترتبة على إنكار المقر إقراره ، أى فتناسب الصلح والإقرار بواسطتين ولكنها مناسبة خفية . والأظهر أن يقال إن الصلح يكون عن الإقرار فى بعض وجوهه كما سيبينه فلذا ذكره بعده ثم ذكر معه قسميه تتميما للفائدة (قوله المقر) الصواب المدعى عليه كما فى الدرر (قوله اسم من المصالحة) وهى المسالمة والأولى اسم للمصالحة والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم ، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل ، ومعناه دال على حسنه الذاتى ، وكم من فساد انقلب به إلى الصلاح

ويقطع الخصومة .

(وركنه الإيجاب) مطلقا (والقبول) فيما يتعين ، أما فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول عناية وسيجيء .

(وشرطه العقل لا البلوغ والحرية فصح من صبي مأذون إن عرى) صلحه (عن ضرر بين و) صح (من عبد مأذون

ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما والصلح خير ـ والصالح : المستقيم الحال فى نفسه ذكره القهستانى.

وفى صلاة الجوهرة : الصالح القائم بحقوق الله تعالى وحقوق العباد : وإنما ذكر الضمير بقوله هو لكونه مما يذكر ويؤنث كما فى الصحاح (قوله ويقطع الخصومة) عطف تفسير كما يفيده الحموى ، فإنه فسر رفع النزاع بقطع الخصومة (قوله مطلقا) أى فيما يتعين وفيما لا يتعين (قوله فيما يتعين) إنما اشترط القبول لأنه ليس من الإسقاط حتى يتم بالمسقط وحده لعدم جريانه فى الأعيان ط (قوله فيتم بلا قبول) أى من المطلوب إذا بدأ هو بطلبه، بأن ادعى شخص على شخص دراهم ونحوها فطلب المدعى عليه الصلح على نصفها فقال المدعى صالحتك على ذلك ، فلا يشترط قبول المدعى عليه لأن ذلك إسقاط من المدعى وهو يتم بالمسقط وحده ، وهذا إنما يظهر فى صورة الإقرار ط .

والحاصل أن الموجب هو المدعى فيشترط قبول المدعى عليه فيما يتعين لا فيما لا يتعين . وأما إذا كان الموجب هو المدعى عليه فلابد من القبول من المدعى مطلقا سواء فيه مايتعين ومالا يتعين (قوله وسيجيء) أى قريبا (قوله العقل) لاحاجة إليه لأنه شرط فى جميع العقود والتصرفات الشرعية فلا يصح صلح مجنون وصبى لا يعقل درر ، وكذا لايصح صلح المعتوه والنائم والمبرسم والمدهوش والمغمى عليه إذ ليس لهم قصد شرعى ؛ وخص بذكرهما لكونهما منصوصا عليهما بعدم جريان الأحكام الفرعية عليهما فيدخل حكم هؤلاء فى حكمهما بالدلالة أو بالقياس ، لأن حالهم كحالهما بل أشد تارة صرح به فى الفصول . وأما السكران فلا يدخل فيهم لأنه مخاطب زجرا له وتشديدا عليه لزوال عقله بمحرم ، ولذلك قال فى منية المفتى : صلح السكران جائز .

أقول : قد سبق فى كتاب الطلاق وفى شتى الإقرار إنما هو عند أكثر أئمتنا . وأما الكرخى والطحاوى ومحمد بن سلام قالوا بعدم وقوعه فيجرى على الخلاف المذكور ، لكن علمت أن الأصح الوقوع وعليه فينبغى صحة صلحه على الأصح (قوله فصح من صبى مأذون) ويصح عنه بأن صالح أبوه عن داره وقد ادعاها مدع وأقام البرهان ط (قوله إن عرى) بكسر الراء أى خلا ، وأما بفتحها فمعناه حل ونزل (قوله عن ضرر بين) بأن كان نفعا محضا أولا نفع فيه ولا ضرر أو فيه ضرر غير بين : فإذا ادعى الصبى المأذون على إنسان دينا وصالحه على بعض حقه ، فإن لم يكن له عليه بينة جاز الصلح إذ عند انعدامها لاحق له إلا الخصومة والحلف والمال أنفع منهما ، وإن كانت البينة لم يجز لأن الحط تبرع وهو لايملكه ، ومثال مالا ضرر فيه ولا نفع صلحه عن عين بقدر قيمتها ، ومثال ما لا ضرر فيه بين ما إذا أخر الدين فإنه يجوز لأنه من أعمال التجارة ط .

أقول : وهذا ظاهر فى الصبى والمكاتب والمأذون المديون . وأما المأذون الغير المديون فينبغى صحة صلحه كيفما كان حيث كان بإذن سيده لأنه وما فى يده لمولاه فيكون صلحه كصلح مولاه ولاحق فى ماله لغريم كالمديون ولا تصرفه منوط بالمصلحة كالصبى والمكاتب تأمل (قوله وصح من عبد مأذون) او لم يكن فيه ضرر بين ، لكنه لايملك الصلح على حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل مطلقا وحط بعض الثمن للعيب لما

ومكاتب) لو فيه نفع (و) شرط أيضا (كون المصالح عليه معلوما إن كان يحتاج إلى قبضه

ذكر ، ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكر في الصبي المأذون كما في الدرر (قوله ومكاتب) فإنه نظير العبد المأذون في جميع ماذكر لأنه عبد مابقي عليه درهم ، فإن عجز المكاتب فادعى عليه رجل دينا فاصطلحا أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه ، فإن لم يكن له عليه بينة لم يجز لأنه لما عجز صار محجورا فلا يصح صلحه درر .

أقول : قوله فادعى عليه رجل دينا : أي كان في زمن كتابته إلا أن الصلح واقع بعد العجز هذا هو المراد فحينئذ لايكون الشرط الثاني مستغنى عنه، وقيد به لأنه لو كان للمدعي بينة صلح المحجور لامن حيث إنه محجور بل من حيث أن دينه دين في زمن كتابته تدبر .

وأقول : ومثل المكاتب المعتوه المأذون فإنه نظير العبد المأذون على ماسبق (قوله لو فيه نفع) لو قال لو لم يكن فيه ضرر بين لكان أولى ليشمل ماإذا لم يكن فيه نفع ولا ضرر أو كان فيه ضرر غير بين كما تقدم أمثلة ذلك قريبا (قوله معلوما) سواء كان مالا أو منفعة ، بأن صالح على خدمة عبد بعينه سنة أو ركوب دابة بعينها أو زراعة أرض أو سكنى دار وقتا معلوما فإنه يجوز ويكون في معنى الإجارة، وخرج مالم يكن كذلك فلايصح الصلح عن الخمر والميتة والدم وصيد الإحرام والحرم ونحو ذلك لأن في الصلح معنى المعاوضة ، فما لايصلح للعوض والبيع لايصلح عوضا في الصلح ط ، قال في المنح : أن يكون معلوما بذكر المقدار في مثل الدراهم فيحمل على النقد الغالب في البلد ، وبذكر المقدار والصفة في نحو برّ ، وبمكان التسليم أيضا عند أبي حنيفة وبالأجل أيضا في نحو ثوب، وبإشارة وتعيين في نحو حيوان كما في العمادية، لأن جهالة البدل تفضي إلى المنازعة فيفسد الصلح انتهى .

قال في جامع الفصولين عازيا للمبسوط : الصلح على خمسة أوجه :

صلح على دراهم أو دنانير أو فلوس ، فيحتاج إلى ذكر القدر .

الثاني على تبر وكيلي أو وزني مما لاحمل له ولا مؤنة، فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة، إذ يكون جيدا أو وسطا أو رديئا فلابد من بيانه .

الثالث على كيلي أو وزني مما له حمل ومؤنة ، فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبي حنيفة كما في السلم .

الرابع صلح على ثوب ، فيحتاج إلى ذكر ذرع وصفة وأجل إذ الثوب لايكون دينا إلا في السلم وهو عرف مؤجلا .

الخامس صلح على حيوان ، ولا يجوز إلا بعينه إذ الصلح من التجارة والحيوان لايصلح دينا فيها انتهى (قوله إن كان يحتاج إلى قبضه) فإن كان لايحتاج إلى قبضه لايشترط معلوميته ، مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وإن لم يبين كل منهما مقدار حقه ، لأن جهالة الساقط لاتفضي إلى المنازعة كما في الدرر .

قال في العناية : ويفسده جهالة المصالح عليه لأنها تفضي إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل، وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه : إما أن يكون عن معلوم

و) كون (المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو) كان غير مال كالقصاص والتعزير (معلوما كان) المصالح عنه (أو مجهولا لا) يصح (لو) المصالح عنه (مما لا يجوز الاعتياض عنه).

على معلوم وهو جائز لامحالة . وإما أن يكون عن مجهول على مجهول . فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم ، مثل أن يدعى حقا فى دار رجل وادعى المدعى عليه حقا فى أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وإن احتيج إليه ، وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ماادعاه لم يجز . وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج إليه إلى التسليم ، كما لو ادعى حقا فى دار فى يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه ما ادعاه وهو لايجوز ، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلحا فى هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز . وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه إلى التسليم لايجوز . وإن لم يحتج إليه جاز . والأصل فى ذلك أن الجهالة المفضية للمنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هى المفسدة ، فما لايجب التسلم والتسليم جاز . وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه فى معنى البيع انتهى (قوله وكون المصالح عنه حقا) أى للمصالح ثابتا فى المحل لاحقا لله تعالى فخرج بقولنا أى للمصالح ما إذا ادعت مطلقة على زوجها أن صبيا فى يد أحدهما ابنها منه فصالحها على شىء لتترك الدعوى فإنه يبطل لأن النسب حق الصبى لاحقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها . وخرج بقولنا ثابتا فى المحل مصالحة الكفيل بالنفس على مال على أن يبرئه من الكفالة ، لأن الثابت للطالب حق المطالبة بتسليم نفس الأصيل ،وهو عبارة عن ولاية المطالبة وأنها صفة الوالى فلا يجوز الصلح عنه كما يأتى .

واختلفت الرواية فى بطلان الكفالة كما فى الكافى ، والأصح بطلانها كما فى منية المفتى وبه يفتى كما فى العناية والبيانية . وبقى من الشروط قبض بدله إن كان دينا بدين وإلا لا كما سيأتى (قوله كالقصاص) فى النفس ، إنما جاز الصلح عنه لأن المحل فيه يصير مملوكا فى حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا فى المحل فيملك الاعتياض عنه بالصلح ط (قوله والتعزير) الذى هو حق العبد كأن صالحه عن سبه بما دون قذف . أما التعزير الذى هو حق الله تعالى كقبلة من أجنبية فالظاهر عدم صحة الصلح عنه لأن الصلح لايكون إلا من صاحب الحق كما أفاده الرحمتى (قوله أو مجهولا) كأن ادعى عليه قدرا من المال فصولح أو ادعى عليه القصاص ولم يبين أنه فى نفس أو طرف أو شتمه ولم يبين بماذا شتمه ، وتقدم فى باب الاستحقاق صحة الصلح عن مجهول على معلوم ، لأن جهالة الساقط لاتفضى إلى المنازعة ، ولأن المصالح عنه ساقط فهو مثل الإبراء عن المجهول فإنه جائز عندنا لما ذكر ، بخلاف عوض الصلح فإنه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوما لئلا يفضى إلى المنازعة . وانظر ماتقدم عن الفتح أواخر العيب ، وكونه مجهولا : أى بشرط أن يكون مالا يحتاج إلى التسليم كترك الدعوى مثلا ، بخلاف مالو كان عن التسليم المدعى به .

قال فى جامع الفصولين : ادعى عليه مالا معلوما فصالحه على ألف درهم وقبض بدل الصلح وذكر فى آخر الصك وأبرأ المدعى عن جميع دعواه وخصوماته إبراء صحيحا عاما ، فقيل لم يصح الصلح لأنه لم يذكر قدر المال المدعى به ولابد من بيانه ليعلم أن هذا الصلح وقع معاوضة أو إسقاطا أو وقع صرفا شرط فيه التقابض فى المجلس أولا ، وقد ذكر قبض بدل الصلح ولم يتعرض لمجلس الصلح ، فمع هذا الاحتمال لايمكن القول بصحة الصلح . وأما الإبراء فقد حصل على سبيل العموم فلا تسمع دعوى المدعى بعده للإبراء العام لا للصلح .

وبينه بقوله : (كحق شفعة وحد قذف وكفالة بنفس) ويبطل به الأول والثالث، وكذا الثاني لو قبل الرفع للحاكم

قال في البحر : والجهالة فيه إن كانت تفضي إلى المنازعة كوقوعها فيما يحتاج إلى التسليم منعت صحته وإلا لا فبطل إن كان المصالح عليه ، أو عنه مجهولا يحتاج إلى التسليم كصالحه بعد دعواه مجهولا على أن يدفع له مالا ولم يسمه اه .

أقول : لكن في قول جامع الفصولين : ولابد من بيانه نظر ، لأن المال بالصورة معلوم بدليل قوله أول عبارته ادعى عليه مالا معلوما ، والظاهر أن لفظ معلوما زائد حتى يتم المراد تأمل (قوله كحق شفعة) يعني إذا صالح المشتري الشفيع عن الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل، إذ لا حق للشفيع في المحل سوى حق التمليك وهو ليس بأمر ثابت في المحل، بل هو عبارة عن ولاية الطلب، وتسليم الشفعة لا قيمة له فلا يجوز أخذ المال في مقابلته كما في الدرر وأطلقه . وهو على ثلاثة أوجه :

أن يصالح على دراهم معلومة على أن يسلم الدار للمشتري ، وأن يصالح على بيت معين منها بحصته من الثمن وأن يصالح على نصف الدار بنصف الثمن ، ففي الأولين يبطل الصلح وكذا الشفعة في الأول ، ويصح الصلح في الثالث والشفعة لا تبطل فيه وفي الثاني كما في المبسوط وغيره ، فظهر أن المراد بقول الدرر على شيء دراهم معلومة ونحوها (قوله وحد قذف) بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لأنه وإن كان للعبد فيه حق فالغالب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالمعدوم ، وكذلك لا يجوز الصلح عن حق الله تعالى ولو ماليا كالزكاة ولا حد الزنا والسرقة وشرب الخمر ، بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال على أن لا يرفعه إلى ولي الأمر لأنه حق الله تعالى ، ولا يجوز عنه الصلح لأن المصالح بالصلح يتصرف إما باستيفاء كل حقه أو استيفاء بعضه وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة ، وكل ذلك لا يجوز في غير حقه كما في الدرر ، وإنما لا يجوز الصلح عن حقوقه تعالى لأن الأصل فيه أن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، والحدود المشروعة لما كانت حقا لله تعالى خالصا أو غالبا ، فلا يجوز لأحد أن يصالح على شيء في حق الله تعالى ، والمراد من حق الله تعالى ما يتعلق به النفع العام لأهل العالم فلا يختص به أحد كحرمة الزنا ، فإن نفعه عائد إلى جميع أهل العالم وهو سلامة أنسابهم وصيانة فرشهم وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التنازع بين الزناة ، ولذلك لا يباح الزنا بإباحة المرأة أو أهلها ، وإنما نسب إلى الله تعالى مع أن النفع عائد إلى العبـــاد تعظيما لأنه متعال عن أن ينتفع بشيء ، ولا يجوز أن يكون حقا له بجهة التخليق لأن الكل سواء في ذلك كذا في شرح المنار لجلال الدين (قوله وكفالة بنفس) الوجه فيه كالوجه في سابقه ، وقدمنا الكلام عليها قريبا ، وقيد الكفالة بكفالة النفس لأنه لو صالحه عن كفالة المال يكون إسقاطا لبعض الدين عنه وهو صحيح (قوله ويبطل به الأول) أي حق الشفعة لرضا الشفيع بسقوط حقه (قوله والثالث) أي كفالة النفس كما قدمناه لرضا الطالب بسقوط حقه (قوله وكذا الثاني) أي حد القذف (قوله لو قبل الرفع للحاكم) ظاهره أنه يبطل الصلح أصلا وهو الذي في الشرنبلالية عن قاضيخان ، فإنه قال بطل الصلح وسقط الحد إن كان قبل أن يرفع إلى القاضي ، وإن كان بعده لا يبطل الحد . وقد سبق أنه إنما سقط بالعفو لعدم الطلب ، حتى لو عاد وطلب حد .

قال في الأشباه : لا يصح الصلح عن الحد ولا يسقط به حد القذف إن كان قبل المرافعة كما في الخانية .

قال البيري : أي فإن الحد يسقط وإن كان الصلح لم يجز ، أما إذا كان بعد المرافعة فلا يسقط .

أقول : هذا الذي في الخانية ينافي ما ذكره في الإيضاح بأن له أن يطالب بعد العفو والصلح عن ذلك

لاحد زنا وشرب مطلقا .

(وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين) كالدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك لأنه إسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط (وإن كان مما يتعين) بالتعيين (فلا بد من قبول المدعى عليه) لأنه كالبيع .

فراجعه فى الإقرار . وعبارة الأشباه فى الإقرار : ولا يملك المقذوف العفو عن القاذف ، ولو قال المقذوف كنت مبطلا فى دعواى سقط الحد كذا فى حيل التاترخانية من حيل المداينات . قال البيرى : قال فى الإيضاح : وإذا ثبت الحد لم يجز الإسقاط ولا العفو ، ولذا إذا عفا قبل المرافعة أو أبرأ أو صالح على مال فذلك باطل ويرد مال الصلح ، وله أن يطالبه بالحد بعد ذلك اهـ .

وقدم الشارح فى باب حد القذف : ولا رجوع بعد إقرار ولا اعتياض أى أخذ عوض ولا صلح ولا عفو فيه وعنه ، نعم لو عفا المقذوف فلا حد لا لصحة العفو بل لترك الطلب ، حتى لو عاد وطلب حد شمنى ولذا لا يتم إلا بحضرته ؛ فأفاد أنه لا صلح فلا يسقط ، وظاهره ولو قبل المرافعة . ولا يقام إلا بطلب المقذوف فى الموضعين إلا أن يحمل ما فى الخانية على البطلان لعدم الطلب ، وكذا يقال فى حد السرقة فإنه لا يصح عنه الصلح كما فى مجمع الفتاوى فكان على المصنف والشارح أن يستثنيه أيضا (قوله لا حد زنا) أى لا يصح الصلح عنه .

صورته : زنى رجل بامرأة رجل فعلم الزوج وأراد أحدهما الصلح فتصالحا معا أو أحدهما على معلوم على أن يعفو كان باطلا وعفوه باطل ، سواء كان قبل الرفع أو بعده ، والرجل إذا قذف امرأته المحصنة حتى وجب اللعان كان باطلا وعفوها بعد الرفع باطل وقبل الرفع جائز خانية (قوله وشرب مطلقا) أى إذا صالح شارب الخمر القاضى على أن يأخذ منه مالا ويعفو عنه لا يصح الصلح ويرد المال على شارب الخمر سواء كان ذلك قبل الرفع أو بعده كما فى الخانية فليحفظ ، والآن مبتلون بذلك ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

[فرع] قال فى البزازية : وفى نظم الفقه : أخذ سارقا فى دار غيره فأراد رفعه إلى صاحب المال فدفع له السارق مالا على أن يكف عنه يبطل ويرد البدل إلى السارق لأن الحق ليس له ولو كان الصلح مع صاحب السرقة برئ من الخصومة بأخذ المال ، وحد السرقة لا يثبت من غير خصومة ويصح الصلح اهـ .

وفيها أيضا : اتهم بسرقة وحبس فصالح ثم زعم أن الصلح كان خوفا على نفسه ، إن حبس الوالى تصح الدعوى لأن الغالب أنه حبس ظلما ، وإن فى حبس القاضى لا تصح لأن الغالب أنه يحبس بحق اهـ .

أقول : وهذا على ما كان فى زمنهم من تصرف الوالى برأيه ، وأما فى زماننا فلا فرق يظهر بينهما فإنهما على السواء حتى صار حبسهما واحدا إذ لا يحبس الواحد إلا بعد ثبوت حبسه بوجهه (قوله من المدعى عليه) متعلق بالقبول وحذف نظيره من الأول فإن المعنى وطلب الصلح من المدعى عليه (قوله كالدراهم والدنانير) الكاف للاستقصاء إذ ليس معناه ما لا يتعين غيرهما (قوله وطلب الصلح) لا حاجة إلى هذه الجملة بعد قول المتن وطلب الصلح كاف (قوله على ذلك) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها عن بدل على (قوله لأنه إسقاط) سيأتى فى الصلح فى الدين أنه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى ، لكن ليس ذلك مخصوصا بما لا يتعين بالتعيين بل كل ما يثبت فى الذمة (قوله وهو يتم بالمسقط) هذا يفيد أنه لا يشترط الطلب كما لا يشترط القبول ، وإن هذا فى الإقرار كما صرح به الشارح نقلا عن العناية فتأمل (قوله لأنه كالبيع) أى فتجرى فيه أحكام البيع فينظر ،

(وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى) ووقوع الملك فى مصالح عليه وعنه لو مقرا (وهو صحيح مع إقرار أو سكوت أو إنكار فالأول) حكمه (كبيع) إن وقع عن مال بمال

إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما يذكره بعد ، وإن وقع على جنسه ، فإن وقع بأقل من المدعى فهو حط وإبراء، وإن كان مثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهوفضل وربا (قوله وحكمه) أى أثره الثابت له منح .

قال فى البحر : وحكمه فى جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا وفى المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدعى عليه مقرا به ، وإن كان مما لايحتمل التمليك كالقصاص ووقوع البراءة كما إذا كان منكرا مطلقا اه . وظاهره أنه لايملك المصالح عنه مع الإنكار مع أنه معاوضة فى حق المدعى ولذا يؤخذ منه بالشفعة إن كان عقارا وهذا يقتضى أنه يملك (قوله وقوع البراءة عن الدعوى) لما مر أنه عقد يرفع النزاع أى ما لم يعرض مبطل كاستحقاق البدل، أطلقه فشمل أن حكمه ذلك فى أنواعه الثلاثة ، حتى لو أنكر فصالح ثم أقر لا يلزمه ما أقر به ، وكذا لو برهن بعد صلحه لا يقبل . ولو برهن على إقرار المدعى أنه لا حق له من قبل الصلح أو قبل قبض البدل لا يصح الصلح كصلح بعد الحلف فإنه لا يصح عند الشيخين خلافا لمحمد ، وصلح مودع يدعى الاستهلاك مع المودع يدعى الضياع فإنه لايصح عند الطرفين خلافا لأبى يوسف كما فى المقدسى (قوله ووقوع الملك) أى للمدعى أوالمدعى عليه (قوله فى مصالح عليه) أى مطلقا ولو منكرا (قوله وعنه لو مقرا) قال فى المنح : وفى المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التملك كالمال وكان المدعى عليه مقرا به إلى آخر ما تقدم عن البحر ، وقوله لو مقرا قيد فى قوله وعنه . وأما إذا كان منكرا فالحكم البراءة عن الدعوى سواء كانت فيما يحتمل التمليك أولا أفاده الحموى (قوله وهوصحيح) لقوله تعالى — والصلح خير — وقوله عليه الصلاة والسلام « كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » ومعنى جوازالصلح اعتباره حتى يملك المدعى بدل الصلح ولا يسترده المدعى عليه ويبطل حق المدعى فى الدعوى ؛ والمراد بقوله : « صلحا أحل حراما» أى لعينه كالخمر، وقوله « أو حرم حلالا» أى لعينه كالمصالحة على ترك وطء الضرة. وأما دفع الرشوة لدفع الظلم فجائز ، وليس بصلح أحل حراما . ولا بسحت إلا على من أكله .

قال محمد فى السير الكبير : بلغنا عن الشعثاء جابر بن زيد أنه قال : ما وجدنا فى زمن الحجاج أو زياد ابن زياد شيئا خيرا لنا من الرشا اه .

قال أبو السعود : ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « أحل حراما الخ » كما إذا صالح على أن لا يتصرف فى بدل الصلح أو أن يجعل عوض الصلح خمرا أو خنزيرا ، وقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله الراشى والمرتشى » والمراد به إذا كان هو الظالم فيدفعها لبعض الظلمة يستعين بها على الظلم . وأما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيها ، حتى روى عن أبى يوسف أنه أجاز ذلك للوصى من مال اليتيم لدفع الضرر عن اليتيم الخ رملى (قوله مع إقرار الخ) قال الأكمل : الحصر فى هذه الأنواع ضرورى ، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفى والإثبات . لايقال : قد يتكلم بما لايتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيبا اه منح ، وقوله مع إقرار أطلقه فشمل ما يكون حقيقة وصريحا وحكما كطلب الصلح والإبراء عن المال أو الحق فيرجع إليه بالبيان كما فى المحيط . وفيه تفصيل لطيف فراجعه إن شئت (قوله فالأول حكمه كبيع)

وحينئذ (فتجرى فيه) أحكام البيع (كالشفعة والرد بعيب وخيار رؤية وشرط ويفسده جهالة البـــدل) المصالح عليه

أى فتجرى فيه أحكام البيع فينظر ، إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا ، وإن وقع على جنسه ، فإن كان بأقل من المدعى فهو حط وإبراء ، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء ، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا ذكره الزيلعى ، وقدمناه قريبا .

قال فى البحر : فإن وقع عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعا إن كان على خلاف الجنس إلا فى مسألتين .

الأولى : إذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقر بالدين وقبض العبد ليس له المرابحة من غير بيان .

الثانية : إذا تصادقا على أن لا دين بطل الصلح ، كما لو استوفى عين حقه ثم تصادقا أن لا دين ، فلو تصادقا على أن لا دين لا يبطل الشراء اهـ (قوله وحينئذ) زيادة حينئذ اقتضت زيادة الفاء فى فتجرى أى التفريعية فى المصنف ، وقوله فيه : أى فى هذا الصلح منح فيشمل المصالح عنه والمصالح عليه وهو بدل الصلح ، حتى لو صالح عن دار بدار وجب فيهما الشفعة (قوله الشفعة) أى ويلزم الشفيع مثل بدل الآخر لو مثليا وقيمته لو قيميا غير عقار ، حتى لو كان البدلان عقارا لا شفعة فى واحد منهما قهستانى . ثم قال فى فصل السكوت والإنكار : تجب الشفعة فى الدار المصالح عليها عن دار أو غيرها فإنه معاوضة فى زعم المدعى اهـ تأمل ، هذا مع ماقبله ممعنا .

والذى يظهر لى أنه إذا كان الصلح عن إقرار على دار بدار تجب الشفعة فيهما لأن كلا منهما عوض عن الثانية ، وإن كان عن سكوت أو إنكار فتجب فى الدار المصالح عليها دون الدار المصالح عنها ، لأن المعاوضة هنا فى الدار المصالح عليها فقط أما عبارة القهستانى الأولى فلم أر ما يدل عليها بل صريح النقول يخالفها .

قال فى المجلة من كتاب الصلح فى المادة الخمسين وخمسمائة بعد الألف ما نصه : عن إنكار ياخود عن سكوت صلح أولق مدعى حقنده معاوضة ومدعى عليه حقنده يميندن خلاص إيله قطع منازعه دربناء على ذلك مصالح عليه أو لأن عقارده شفعه جريان ايدر إما مصالح عنه أو لأن عقارده شفعه جريان ايتمز (قوله والرد بعيب) نحو إذا كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعى فيه عيبا له أن يرده ، وظاهر إطلاقه أنه يرده ، بيسير العيب وفاحشه وقد ذكره الطحاوى ، أفاده الحموى وأطلق الرد بالعيب وهو المراد فى الإقرار . قال الطحاوى : بالإقرار يرد بيسير وفاحش ، وفى الإنكار بالفاحش كخلع ومهر وبدل صلح عن دم عمد (قوله وخيار رؤية) فيرد العوض إذا رآه وكان لم يره وقت العقد ، وكذلك يرد المصالح عنه إن كان لم يره (قوله وشرط) بأن تصالحا على شىء فشرط أحدهما الخيار لنفسه مثلا قال فى المنح ويبطل الصلح بالرد بأحد هذه الخيارات الثلاث (قوله ويفسده جهالة البدل المصالح عليه) أى إن كان يحتاج إلى تسليمه وإلا فلا يفسد ، كما إذا ادعى عليه ثلث داره فصالحه على أن يترك دعواه فى حق مجهول فى أرض المدعى كما فى العناية لأنه بيع فصار كجهالة الثمن عينى ، وكذا يفسد بجهالة الأجل إذا جعل البدل مؤجلا زيلعى .

قال الرملى : إن جهالة المصالح عليه تفسد الصلح وكذا جهالة المصالح عنه إن كان يحتاج إلى التسليم .

وأقول : ليس جهالة المصالح عليه مفسدة للصلح مطلقا ، بل محله إذا لم يكن مستغنيا عن القبض والتسليم فإن جهالته لا تفسد كما فى السراج الوهاج .

وفى القهستانى : ويكفى أن يكون بيان قدر المصالح عليه فحسب إذا كان دراهم أو دنانير أو فلوسا لأن معاملات الناس تغنى عن بيان الصفة فيقع على النقد الغالب اهـ. قال السائحانى : ولطالما طلبت نفسى هذا النقل لأن

لاجهالة المصالح عنه لأنه يسقط وتشترط القدرة على تسليم البدل .

(وما استحق من المدعى) أى المصالح عنه (يرد المدعى حصته من العوض) أى البدل إن كلا فكلا أو بعضا فبعضا .

(وما استحق من البدل يرجع) المدعى (بحصته من المدعى) كما ذكرنا لأنه معاوضة وهذا حكمها

المشهور أنه لا بد فى العقود من بيان الوصف على أن العرف بخلافه (قوله لاجهالة المصالح عنه) أى إذا لم يحتج إلى تسليمه كما مر أيضا أشار إلى ذلك بقوله لأنه يسقط فإنه تعليل لقوله لاجهالة المصالح عنه ، أى والساقط لاتفضى جهالته إلى المنازعة . لكن قال بعض الأفاضل لاجهالة المصالح عنه إلا إذا احتيج إلى تسليمه كأن يصالحه على أن يدفع له الحق المجهول الذى يدعيه أو يدفع المدعى البدل من عنده اهـ تأمل (قوله وتشترط القدرة على تسليم البدل) استئناف واقع موقع التعليل لقوله ويفسده جهالة البدل ، ولا يصح عطفه على يسقط ، وحيث كان كلاما مستأنفا استفيد منه أنه لا يصح الصلح على عبده الآبق وطيره فى الهواء وسمكه فى الماء وجذعه فى السقف وذراع من ثوب تضره القسمة وحمل الجارية والبهيمة لأنه لا يقدر على تسليمه ، ومنه جهالة البدل فإنه لا يقدر على تسليم المجهول فبذلك يصير الكلام تعليلا لقوله ويفسده جهالة البدل ، فبين التعليل والمعال لف ونشر مشوش الأول للثانى والثانى للأول (قوله وما استحق من المدعى الخ) هذا لو الصلح على ترك المدعى فى يد المدعى عليه . أما لو أخذه ويدفع لمن فى يده شيئا صلحا فلا يرجع لو استحق لأنه أخذه على أنه ملكه زعما فيؤاخذ به فلا يرجع بالشىء الذى دفعه لرفع النزاع كما فى العمادى (قوله إن كلا فكلا أو بعضا فبعضا) المصنف صريح فى البعض لقوله حصته ، فلو قال المؤلف بعد المتن وإن استحق الكل رد الكل لكان أوضح ، وأشار بأن إلى أنها بيانية أو تبعيضية وكل مراد فتأمل (قوله بحصته من المدعى) أى المصالح عنه ، هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين . فإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح كما إذا ادعى ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة . بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل وإن كان قبله رجع بمثلها ، ولا يبطل الصلح كالفلوس كذا فى حاشية الحموى نقلا عن البحر .

وفى المنح : هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين ، وإن كان مما لا يتعين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لأنهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما ، وإنما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك اهـ . فقول المتن وما استحق من البدل محمول على ما إذا أمكن استحقاقه وهو ما يتعين بالتعيين . وأما ما لا يتعين بالتعيين فلا يمكن استحقاقه لأنه ينعقد الصلح على جنسه وقدره لا على عينه فتأمل .

وفى القهستانى : وللمدعى أن يرد الباقى ويرجع بكل المدعى ، كما لو استحق كل العوض ، وهذا إذا كان المستحق لم يجز الصلح . فإن أجازه وسلم العوض للمدعى رجع المستحق على المدعى عليه بقيمته كما فى شرح الطحاوى (قوله كما ذكرنا) أى إن كلا فكلا أو بعضا فبعضا ، وهذا إذا كان البدل يتعين بالتعيين إلى آخر ما قدمناه فى المقولة السابقة (قوله لأنه معاوضة) مقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن ، فإن مثليا رجع بمثله أو قيميا فبقيمته ولا يفسد العقد فالصلح يجرى على هذا سيادى الولد .

(و) حكمه (كإجارة إن وقع) الصلح (عن مال بمنفعة) كخدمة عبد وسكنى دار (فشرط التوقيت فيه) إن احتيج إليه وإلا لا كصبغ ثوب .
(ويبطل بموت أحدهما

أقول : لكن هذا فيما يتمحض للثمنية كالدراهم وأما مثل المذكور فهي من المقايضة وحكمها أن كلا من البدلين يكون ثمنا ومبيعا باعتبارين فلذا فسد العقد أي باعتبار أنه مبيع وعليه فكان على الشارح أن يقول لأنه مقايضة تأمل (قوله وحكمه كإجارة الخ) صورته : ادعى رجل على رجل شيئا فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة أو على ركوب دابة معلومة أو على لبس ثوبه أو على خدمة عبده أو على زراعة أرضه مدة معلومة فهذا الصلح جائز فيكون في معنى الإجارة ، فيجرى فيه أحكام الإجارة كذا صوره العيني (قوله إن وقع الصلح عن مال بمنفعة الخ) قال في الحواشي الحموية : وكذا إذا وقع عن منفعة بمال اعتبر بالإجارة لأن العبرة في العقود للمعاني ، فيشترط فيه العلم بالمدة كخدمة العبد وسكنى الدار والمسافة كركوب الدابة بخلاف صبغ الثوب وحمل الطعام فالشرط بيان تلك المنفعة ، ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة إن عقده لنفسه وكذا بفوات المحل قبل الاستيفاء ، ولو كان بعد استيفاء البعض بطل فيما بقي ويرجع المدعي بقدر ما لم يستوف من المنفعة ، ولو كان الصلح على خدمة عبد فقتل وإن كان القاتل المولى بطل وإلا ضمن قيمته واشترى بها عبدا يخدمه إن شاء كالموصى بخدمته ، بخلاف المرهون حيث يضمن المولى بالإتلاف والعتق والاعتبار بالإجارة قول محمد. قال في شرح المختار : وهو الأظهر ، واعتمده المحبوبي والنسفي ، وكذا بطلان الصلح بموت أحدهما في المدة قول محمد وقال أبو يوسف : إن مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ، وللمدعي أن يستوفي جميع المنفعة من العين بعد موته كما لو كان حيا ، وإن مات المدعي لا يبطل الصلح أيضا في خدمة العبد وسكنى الدار وزراعة الأرض ، وتقوم ورثة المدعي مقامه في استيفاء المنفعة ، ويبطل الصلح في ركوب الدابة ولبس الثوب لأنه يتعين فيه العاقد ، ثم إنما يعتبر إجارة عند محمد إذا وقع على خلاف جنس المدعى به . فإن ادعى دارا فصالحه على سكناها شهرا فهو استيفاء بعض حقه لا إجارة فتصح إجارته للمدعى عليه كما في البحر .

وصورة الصلح عن منفعة بمال : ادعى السكنى لدار سنة وصية من مالكها فأقر به وارثه فصالحه على مال ذكره الحموي . قال بعض الفضلاء : إنما قيد بكون المصالح عنه مالا لأنه لو صالح عن منفعة بمال كان الإنكار كالإقرار ، فلو ادعى ممرا في دار ومسيلا على سطح أو شربا في نهر فأقر أو أنكر ثم صالحه على شيء معلوم جاز ، والظاهر أن هذا حكمه غير حكم الإجارة لأنها لا تجري في هذه الأشياء فكان حكم الصلح في هذه الصحة ، ولعل كلام الشارح الآتي في منفعة غير هذه (قوله فشرط التوقيت فيه) أي في الصلح الواقع عن مال بمنفعة (قوله إن احتيج إليه) كسكنى دار : أي إن كانت المنفعة تعلم بالوقت كالذي مثل به . قال العلامة مسكين : وإنما يشترط التوقيت في الأجير الخاص ، حتى لو تصالحا على خدمة عبده أو سكنى داره يحتاج إلى التوقيت ، وفي المشترك لا يحتاج إليه كما إذا صالحه على صبغ ثوب أو ركوب دابة إلى موضع كذا أو حمل طعام إليه اهـ (قوله وإلا لا كصبغ ثوب) أي مما تعلم المنفعة فيه بالتسمية ، وكذا ما تعلم المنفعة فيه بالإشارة كنقل هذا الطعام إلى كذا فالمدار على العلم بالمنفعة كما يأتي بيانه في كتاب الإجارة (قوله ويبطل بموت أحدهما) أي إن عقده لنفسه بحر وهذا عند محمد أيضا . وقال أبو يوسف إن مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ، وللمدعي أن يستوفي جميع المنفعة من العين بعد موته كما قدمناه .

وبهلاك المحل فى المدة) وكذا لو وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة عن جنس آخر ابن كمال لأنه حكم إجارة . (والأخيران) أى الصلح بسكوت وإنكار (معاوضة فى حق المدعى وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) وحينئذ (فلا شفعة فى صلح عن دار مع أحدهما) أى مع سكوت أو إنكار ، لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته ، فإن كان للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة ، لأن بإقامة البينة تبين أن الصلح

[فرع] إذا أقر المدعى فى ضمن الصلح أنه لا حق له فى هذا الشىء ثم بطل الصلح يبطل إقراره الذى فى ضمنه ، وله أن يدعيه بعد ذلك ، والمدعى عليه إذا أقر عند الصلح بأن هذا الشىء للمدعى ثم بطل الصلح فإنه يرد ذلك الشىء إلى المدعى انتهى ، وقد أوضحه الحموى فى شرحه (قوله وبهلاك المحل) أى قبل الاستيفاء، فلو قبض بعضه بطل فيما بقى فيرجع بقدره ، وما ذكر من البطلان بالموت والهلاك قول محمد . وقال أبو يوسف : إن مات المطلوب لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه إلى آخر ما قدمناه (قوله فى المدة) تنازع فيه موت وهلاك على أن يكون صفة لكل منهما : أى لو هلك أحد المتصالحين عن مال بمنفعة فى المدة أو هلك المحل الذى قامت به تلك المنفعة فيها بطل الصلح لأنه إجارة ، وهى تبطل بذلك إن كانت فى كل المدة ، وإن كانت فى بعضها فبقدره من حين الموت والهلاك (قوله وكذا) يصح لو وقع : أى الصلح عن دعوى منفعة بمال وأقر بها . وفيه أن المنفعة منفعة ملك المدعى عليه ولا يصح استئجار منفعة ملكه (قوله أو بمنفعة عن جنس آخر) كخدمة عبد فى سكنى دار ، بخلاف ما إذا اتحد الجنس ، كما إذا صالح عن سكنى دار على مسكنى دار أو الخدمة بالخدمة والركوب بالركوب فإنه لا يجوز بيع المنفعة بالمنفعة مع اتحاد الجنس ، كما لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح ، لكن صور المسألة القهستانى بما لو أوصى بسكنى داره لرجل ثم مات ثم ادعى الموصى له السكنى فصالحه عن هذه السكنى على سكنى دار أخرى أو دراهم مسماة فتبين منه أن المراد من اختلاف جنس المنفعة اختلاف عينها تأمل وراجع ، وكان ينبغى أن يذكر هذه المسألة قبل قوله شرط التوقيت فيه (قوله ابن كمال) قال فى الإيضاح : لكن إنما يجوز بمنفعة عن منفعة إذا كانتا مختلفتى الجنس انتهى ، كما إذا صالحه عن سكنى دار على خدمة عبد ، بخلاف ما إذا اتحد الجنس ، كما إذا صالح عن سكنى دار على سكنى دار فإنه لا يجوز كما قدمناه قريبا (قوله لأنه) أى انفساخ العقد بذلك هو حكم الإجارة ، يعنى إذا كان الصلح عن المال بالمنفعة (قوله أى الصلح) يشير إلى تقدير مضاف فى المصنف ، وقوله بسكوت وإنكار الباء بمعنى فى : أى الصلح الواقع فى سكوت وإنكار والظرفية مجازية ، ولا يصلح جعلها سببية لأن سبب الصلح الدعوى (قوله وإنكار) الواو بمعنى أو (قوله معاوضة فى حق المدعى) لأنه يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه درر فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض بحر (قوله وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) إذ لولاه لبقى النزاع ولزم اليمين . قال الزيلعى : وهذا فى الإنكار ظاهر ، لأنه تبين بالإنكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا فى السكوت لأنه يحتمل الإقرار والإنكار ، وجهة الانكار راجحة إذ الأصل فراغ الذمم فلا يجب بالشك ولا يثبت به كون ما فى يده عوضا عما وقع بالشك أى مع أن حمله على الإنكار أولى لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل كما علمت (قوله فلا شفعة فى صلح عن دار مع أحدهما) يعنى إذا ادعى رجل على آخر داره فصالح عنها بدفع شىء لم تجب الشفعة لأنه يزعم أنه يستبقى الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعى عن نفسه ، لا أنه يشتريها وزعم المدعى لا يلزمه منح (قوله فيدلى بحجته) أى فيتوصل الشفيع بحجة المدعى إلى إثبات الدعوى عليه أى على المدعى المنكر أو الساكت (قوله لأن بإقامة البينة)

كان فى معنى البيع ، وكذا لولم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل شرنبلالية (وتجب فى صلح) وقع (عليها بأحدهما) أو بإقرار ، لأن المدعى يأخذها عن المال فيؤاخذ بزعمه .

(وما استحق من المدعى رد المدعى حصته من العوض ورجع بالخصومة فيه) فيخاصم المستحق لخلو العوض عن الغرض (وما استحق من البدل رجع إلى الدعوى فى كله أو بعضه) هذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع

حذف اسم إن (قوله فحلف) بتشديد اللام : أى الشفيع المدعى عليه أن الدار لم تكن للمدعى .

قال فى الخانية : ادّعيا أرضا فى يد رجل بالإرث من أبيهما فجحد ذواليد فصالحه أحدهما على مائة لم يشاركه الآخر ، لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء يمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه ، فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك . وفى رواية عن أبى حنيفة يشاركه انتهى ملخصا .

أقول : لم لم يؤاخذ بزعمه كما يأتى نظيره ؟ ولعل العلة فى ذلك أنه باع نصيبه فقط ولا شركة لأخيه فيه ، بخلاف ما لو صالح المديون على مقدار معلوم حيث يشاركه أخوه كما هو ظاهر تأمل (قوله وتجب) أى تجب الشفعة فى دار وقع الصلح عليها بأن تكون بدلا (قوله بأحدهما) أى الإنكار أو السكوت (قوله أو بإقرار) لا حاجة إليه للاستغناء عنه بقوله فى الصلح عن إقرار فتجرى فيه الشفعة (قوله عن المال) أل عوض عن الضمير (قوله فيؤاخذ بزعمه) حتى لو ادعى دارا فأنكر فصالحه عنها عن دار أخرى وجبت الشفعة فى التى صالح عليها دون الأخرى لما ذكرنا عينى ، وإنكار الآخر المعارضة لا تمنع وجوب الشفعة فيها ، ألا ترى أن رجلا لو قال أنا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيع بالشفعة . وكذا لو ادعى أنه باع داره من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لأن زعمه حجة فى نفسه زيلعى (قوله وما استحق من المدعى) من فيه للتبعيض ، فهو قاصر على ما إذا استحق بعضه (قوله فيه) أى فى البعض المستحق (قوله لخلو العوض عن الغرض) علة لقوله رد المدعى حصته وذلك لأن المدعى عليه لم يدفع العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه ويبقى المدعى فى يده بلا خصومة أحد ، فإذا استحق لم يحصل له مقصوده ، وظهر أيضا أن المدعى لم يكن له خصومة فيرجع عليه انتهى منح (قوله رجع) أى المدعى (قوله فى كله) إن استحق كل العوض (قوله أو بعضه) إن استحق بعضه لأن المبدل فى الصلح عن إنكار هو الدعوى ، فإذا استحق البدل وهو المصالح عليه رجع بالمبدل وهو الدعوى : أى إلا إذا كان مما لا يقبل النقض فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما فى الأشباه عن الجامع الكبير .

قال الحموى : قوله كالقصاص فيه نظر ، فإنه ذكر فى الجامع الكبير أنها لوكانت الدعوى قصاصا فصالحه المدعى عليه من غير إقرار على جارية فاستولدها المدعى ثم استحقت فأخذها المستحق وضمنه العقر وقيمة الولد فإن المدعى يرجع إلى دعواه فلو أقام البينة أو نكل المدعى عليه رجع بقيمة الولد وقيمة الجارية أيضا ولا يرجع بما ادعاه ، بخلاف ما تقدم ، يعنى لو ادعى على رجل ألفا فجحدها أو سكت فصالحه على جارية فقبضها واستولدها ثم استحقها مستحق فأخذها فإنه لا يرجع بقيمة الجارية ويرجع بما ادعاه وهو الألف .

والفرق أن الصلح ثمة وقع عن دعوى المال وأنه يحتمل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب والخيار فكذا تنفسخ بالاستحقاق ، وإذا انفسخ عادت الدعوى كما كانت فيرجع بما ادعاه وهو الألف . أما الصلح عن القصاص فلا يحتمل الفسخ لأنه بعد سقوطه لا يحتمل العود ، لأن الصلح عفو فلا يحتمل النقض كالعتق والنكاح والخلع فإذا لم يفسخ باستحقاق الجارية بقى الصلح على حاله وهو السبب الموجب تسليم الجارية وقد عجز عن تسليمها

فإن وقع به رجع بالمدعى نفسه لا بالدعوى ، لأن إقدامه على المبايعة إقرار بالملكية عيني وغيره .

(وهلاك البدل) كلا أو بعضا (قبل التسليم له) أي للمدّعي (كاستحقاقه) كذلك (فى الفصلين) أى مع إقرار أو مع سكوت أو إنكار ، وهذا لو البدل مما يتعين وإلا لم يبطل بل يرجع بمثله عيني .

(صالح عن) كذا فى نسخ المتن والشرح وصوابه على (بعض ما يدعيه) أى عين يدعيها لجوازه فى الدين

فيجب قيمتها كذا فى شرح تلخيص الجامع للفخر الماردينى .

ثم قال : وفيه إشكال ، وهو أن يقال : إذا أقررتم أن الصلح عن الدم لاينتقض باستحقاق الجارية وجب أن لا يرجع إلى دعواه يعني سواء كان الصلح عن إنكار أو بينة أو نكول لأن الرجوع إلى الدعوى نتيجة انتقاض الصلح كما تقدم آنفا ولم ينتقض انتهى .

قال فى البحر : ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى فى كله أو بعضه إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح ، كما إذا ادعى ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الإقرار أوقبله كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة ، بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير ، هذا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل ، وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس اهـ (قوله فإن وقع به) أى بلفظ البيع ، بأن عبر بلفظ البيع عن الصلح فى الإنكار والسكوت بأن قال أحدهما بعتك هذا الشىء بهذا وقال الآخر اشتريته حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى ، لأن إقدام المدعى عليه على المبايعة إقرار منه بأن المدعى ملك المدعى فلا يعتبر إنكاره ، بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه مايدل على أنه أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة كما يأتى قريبا (قوله لأن إقدامه) أى المدعى عليه (قوله إقرار بالملكية) أى للمدعى ، بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (قوله قبل التسليم له) وأما هلاكه بعد تسليمه له فيهلك على المدعى لدخوله فى ضمانه (قوله كاستحقاقه) أى كاستحقاق بدل الصلح كذلك أى كلا أو بعضا (قوله فى الفصلين) أى مع إقرار أومع سكوت وإنكار فيرجع بالمدعى أو بالدعوى ، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعى ، وإن كان عن إنكار رجع إلى الدعوى . وإذا هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح فى قدره ويبقى فى الباقى منح (قوله وهذا) أى رجوعه إلى الدعوى عند استحقاق البدل أو هلاكه قبل التسليم (قوله لو البدل) أى لو كان البدل مما يتعين (قوله وإلا) بأن كان لا يتعين وهو من جنس المدعى به (قوله لم يبطل) أى الصلح (قوله بل يرجع بمثله) كأن كان دراهم أو دنانير ، فإن الصلح لا يبطل بهلاكه لأنهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق بهما العقد عند الإشارة إليهما وإنما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك .

والحاصل أنه إذا ادعى عليه ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بالمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح قبل الافتراق أو بعده ، بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل ، وإن كان قبله فإنه يرجع لمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس كما قدمنا (قوله كذا فى نسخ المتن والشرح) لعله هو الذى وقع له . والذى فى نسخة الشرح التى بيدى علىّ (قوله أى عين يدعيها) تفسير لما وتخصيص لعمومها فإنها تشمل الدين حلبى ، وهذا لو قائما ، ويأتى حكم ما إذا كان هالكا عند قول المتن والصلح عن المغصوب الهالك (قوله لجوازه فى الدين) لجواز إسقاطه ، وهو علة للتخصيص المذكور :

كما سيجيء ، فلو ادعى عليه دارا فصالحه على بيت معلوم منها ، فلو من غيرها صح قهستانى (لم يصح) لأن ما قبضه من عين حقه وإبراء عن الباقى والإبراء عن الأعيان باطل قهستانى ، وحيلة صحته ما ذكره بقوله (إلا بزيادة شيء) آخر كثوب ودرهم (فى البدل) فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى (أو) يلحق به (الإبراء عن دعوى الباقى) لكن ظاهر الرواية

إنما كان هذا خاصا بالعين لجوازه في الدين ، لأن الصلح عن دين ببعضه أخذ البعض حقه وإسقاط للباقى كما يأتى وإسقاط الدين جائز ، وإنما لم يجز فى العين لأن الإبراء عن الأعيان لا يصح ، ولذا لو زاد على البعض ثوبا أو درهما صح لأنه يجعل الثوب أو الدرهم بدلا عن الباقى ، وكذا لو أبرأه عن الدعوى فى باقيها يصح ، فلو صالحه على بيت منها على أن يترك الدعوى فى باقيها كان أخذ البعض حقه وإبراء عن الدعوى فى الباقى والإبراء عن الدعوى صحيح ، فليس له أن يدعى بعد ذلك ولكن لا يملكها ديانة لعدم وجود التمليك لها لفقد سببه (قوله فلو ادعى عليه دارا) تفريع على المتن وتمثيل له ح (قوله على بيت معلوم منها) الظاهر أنه إذا كان على بعض شائع منها كذلك للعلة المذكورة (قوله فلو من غيرها صح) الأولى تأخيره عن قوله لم يصح وعلته ليكون مفهوما للتقييد بقوله منها ، وليسلم من الفصل بين لو وجوابها وهو قوله لم يصح بأجنبى وهو قوله فلو من غيرها صح (قوله لأن ما قبضه من عين حقه) أى بعض عين حقه وهو على دعواه فى الباقى ، لأن الصلح إذا كان على بعض عين المدعى كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطا للبعض والإسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين ، حتى إذا مات واحد وترك ميراثا فأبرأ بعض الورثة عن نصيبه لم يجز لكون براءته عن الأعيان درر ويأتى قريبا بأوضح مما هنا (قوله كثوب ودرهم) أشار بذلك إلى أنه لا فرق بين القيمى والمثلى (قوله فيصير ذلك) أى المزيد من الثوب والدرهم (قوله عوضا عن حقه فيما بقى) أى فيكون مستوفيا بعض حقه وآخذ العوض عن البعض (قوله أو يلحق) منصوب بأن مضمرة مثل — أو يرسل — فيكون مؤولا بمصدر مجرور معطوف على مجرور الباء وهو بضم الياء من الأفعال (قوله عن دعوى الباقى) لأن الإبراء عن عينه غير صحيح أى فى حق الدعوى وسقوط العين ديانة كما فى المبسوط ، ولذا قيد به .

وأما الإبراء عن دعوى العين فجائز كما فى الدرر ، وهو أن يقول برئت عنها أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى هذه الدار فلا تسمع دعواه ولا بينته . وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتى فيها فإنه باطل ، وله أن يخاصم : أى غير المخاطب ، كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فإنه يبرأ ، ولو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمان كما فى الأشباه من أحكام الدين .

قلت : ففرقوا بين أبرأتك وبرئت أو أنا برىء لإضافة البراءة لنفسه فتعم ، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما فى حاشيتها معزيا للولوالجية شرح الملتقى .

وفى البحر : الإبراء إن كان على وجه الإنشاء كأبرأتك ، فإن كان عن العين بطل من حيث الدعوى فله الدعوى بها على المخاطب وغيره ويصح من حيث نفى الضمان ، وإن كان عن دعواها ، فإن أضاف الإبراء إلى المخاطب كأبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط وإن أضافه إلى نفسه كقوله برئت عنها أو أنا برىء فلا تسمع مطلقا : هذا لو على طريق الخصوص : أى عين مخصوصة ، فلو على العموم فله الدعوى على المخاطب وغيره ، كما لو تبارأ الزوجان عن جميع الدعاوى وله أعيان قائمة له الدعوى بها لأنه ينصرف إلى الديون لا الأعيان . وأما إذا كان على وجه الإخبار كقوله هو برىء مما لى

الصحة مطلقا شرنبلالية ومشى عليه فى الاختيار .

قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى ، وكذا لاملك لى فى هذا العين ذكره فى المبسوط والمحيط فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين ، لما فى المبسوط : لاحق لى قبله يشمل كل عين ودين ، فلو ادعى حقا لم يسمع ما لم يشهدوا أنه بعد البراءة اهـ ما فى البحر ملخصا ، وقوله بعد البراءة يفيد أن قوله لاحق لى إبراء عام لا إقرار (قوله الصحة مطلقا) ولو من غير هذه الحيلة فلا تصح الدعوى بعده وإن برهن .

أقول : الإبراء عن الأعيان لا يصح اتفاقا أما فى خصوص المسألة ، وهو ما إذا ادعى دارا وصالحه على بيت منها يصح فى ظاهر الرواية ويجعل كأنه قبل منه بعض حقه وأبرأه عن الدعوى فى باقيه كما قدمنا ، لأن الإبراء عن العين إبراء عن الدعوى فيه ، والإبراء عن الدعوى فى الأعيان صحيح . وعلى ما فى المتن وهو رواية ابن سماعة لم يجعله إبراء عن الدعوى وقال بعدم صحته .

قال فى الاختيار : ولو ادعى دارا فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقى ، والبراءة عن العين وإن لم تصح لكن البراءة عن الدعوى تصح فصححناه على هذا الوجه قطعا للمنازعة اهـ .

وفى الذخيرة البرهانية : ادعى دارا فى يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهو على وجهين : إن وقع الصلح على بيت معلوم من دار أخرى للمدعى عليه فهو جائز ، وإن وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التى وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لأنه فى زعم المدعى أنه أخذ بعض حقه وترك البعض ، وفى زعم المدعى عليه أنه فداء عن يمينه ، وإذا جاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعى بعد ذلك ، وهل تقبل؟ إن كان البيت من دار أخرى ؟ لاتسمع دعواه باتفاق الروايات لأن هذا معاوضة باعتبار جانب المدعى فكأنه باع ما ادعى بما أخذ .

وفيما إذا وقع الصلح على بيت من هذه الدار ذكر شيخ الإسلام نجم الدين النسفى فى شرح الكافى أنه تسمع وهكذا يفتى الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغينانى . وذكر شيخ الإسلام فى شرحه أنه لا تسمع دعواه . وروى ابن سماعة عن محمد أنه تسمع .

قالوا : وهكذا ذكر فى بعض روايات الصلح ، واتفقت الروايات أن المدعى عليه لو أقر بالدار للمدعى أنه يؤمر بتسليم الدار إليه . وفى رواية ابن سماعة أن المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه أو أبرأ عن الباقى إلا أن الإبراء لاقى عينا والإبراء عن الأعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة شىء واحد . ووجه ظاهر الرواية أن الإبراء لاقى عينا ودعوى فإن المدعى كان يدعى جميع الدار لنفسه والإبراء عن الدار صحيح ، وإن كان الإبراء عن العين لا يصح ، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح الإبراء حتى لو ادعى بعد ذلك فلا تسمع .

أو نقول : الإبراء لاقى الدعوى ، فإن قوله أبرأتك عن هذه العين معناه أبرأتك عن دعوى هذه العين ، ألا ترى أن قول المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن العبد المغصوب معناه أبرأتك عن ضمان العبد المغصوب ، وبهذه المسألة تبين أن معنى قولنا البراءة عن الأعيان لاتصح أن العين لا تصير ملكا للمدعى عليه بالإبراء لا أن يبقى المدعى على دعواه .

وعزاه فى العزمية للبزازية .

وفى الجلالية لشيخ الإسلام : وجعل ما فى المتن رواية ابن سماعة ، وقولهم الإبراء عن الأعيان باطل معناه بطل الإبراء عن دعوى الأعيان ولم يصر ملكا للمدعى عليه ، ولذا لو ظفر بتلك الأعيان حل له أخذها لكن لا تسمع دعواه فى الحكم .

وأما الصلح على بعض الدين فيصح ويبرأ عن دعوى الباقى

وفى آخر كتاب الدعوى فى منتقى ابن سماعة عن محمد: فى رجل خاصم رجلا فى دار يدعيها ثم قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال أبرئك عن خصومتى هذا كله باطل وله أن يخاصم ، ولو قال برئت من هذه الدار أو قال برئت من دعوى هذه الدار كان جائزا ولاحق فيها ، ولو جاء ببينة لم أقبلها .

وفى منتقى إبراهيم بن رستم عن محمد : رجل ادعى دارا فى يد رجل فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال برئت من دعواى فى النصف الباقى أو قال برئت من النصف الباقى أو قال لاحق لى فى النصف الباقى ثم أقام البينة على جميع الدار لا تقبل بينته ، ولو قال صالحتك على نصفها على أنى أبرأتك من دعواى فى النصف الآخر ثم أقام بينة كان له أن يأخذ الدار كلها ، وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك . قال : ألا ترى أن عبدا فى يد رجل لو قال لرجل برئت منه كان بريئا منه ، ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وربما أبرأه من ضمانه. قال : وقال أصحابنا رحمهم الله تعالى أنت منى برىء وأنا منك برىء كان له أن يدعى فى العبد اهـ (قوله فى العزمية) ووجهه كما فى الحموى أن الإبراء لاقى عينا ودعوى والإبراء عن الدعوى صحيح ، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذه العين صح ، ولو ادعاه بعد لم تسمع (قوله للبزازية) عبارتها: وهذا هو المذكور فى أكثر الفتاوى على اختلاف ظاهر الرواية ، وفى ظاهر الرواية يصح ، ولا تصح الدعوى وإن برهن (قوله وقولهم) جواب سؤال وارد على ظاهر الرواية ، تقديره : كيف صح الصلح على بعض العين المدعاة مطلقا مع أنه يلزم منه البراءة عن باقيها .

وقد قالوا : الإبراء عن الأعيان باطل ، ومقتضاه أنه لا يصح أفاده الطحطاوى ، لكن ما ذكره وارد على كلام المتن لا على ظاهر الرواية إذ لا تعرض للإبراء فيها ، وما تضمنه الصلح إسقاط للباقى لا إبراء فافهم وتأمل (قوله عن دعوى الأعيان) الأنسب هنا حذف قوله دعوى كما يظهر مما تقدم من عبارة الذخيرة ، وهو المناسب لسياق كلامه ولما يأتى من الاستدراك الآتى فى قوله لكن تسمع دعواه فى الحكم ، إذ لو بطل الإبراء عن الدعوى لسمعت دعواه ولأن الفقه صحة البراءة عن دعوى الأعيان كما مر بلا خلاف فيها ، ولو قال الإبراء عن الأعيان باطل ديانة لا قضاء لكان أحكم ، والله تعالى أعلم (قوله ولم يصر ملكا للمدعى عليه) هو المقصود من المقام: أى أن معنى بطلان البراءة عن الأعيان أنها لا تصير ملكا للمبرإ منها فحل للمدعى أخذها إن وجدها ، وليس معنى البطلان المذكور أنه يسوغ له الدعوى بها بعد الإبراء منها أبو السعود (قوله وأما الصلح على بعض الدين) مفهوم قوله سابقا أى عين يدعيها .

قال المقدسى معزيا للمحيط : له ألف فأنكره المطلوب فصالحه على ثلثمائة من الألف صح ويبرأ عن الباقى قضاء لا ديانة ، ولو قضاه الألف فأنكر الطالب فصالحه بمائة صح ولا يحل له أخذها ديانة ، فيؤخذ من هنا ومن أن الربا لا يصح الإبراء عنه ما بقيت عينه عدم صحة براءة قضاة زماننا مما يأخذونه ويطلبون الإبراء فيبرئونهم بل ما أخذه عن الربا أعرق(١) بجامع عدم الحل فى كل .

---

(١) (قوله أعرق) بالقاف : أى أشد حالا فى التحريم من الربا اهـ منه .

أى قضاء لاديانة فلذا لو ظفر به أخذه قهستانى ، وتمامه فى أحكام الدين من الأشباه ، وقد حققته فى شرح الملتقى

واعلم أن عدم براءته فى الصلح استثنى منه فى الخانية ما لو زاد وأبرأتك عن البقية سائحانى : أى حيث يبرأ حينئذ قضاء وديانة .

قلت : ويظهر من هذا أن ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من وجه وإلا لم يحتج لقوله وأبرأتك عن البقية (قوله أى قضاء لا ديانة) هذا إذا لم يبرئ الغريم من الباقى وإلا برئ ديانة كما علمت .

أقول : تأمل فيه مع أنهم قالوا : إن الصلح عن الدين على بعضه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى وإسقاط الدين يصح . فالذى يظهر أنه يسقط قضاء وديانة ، ولو تم ما ذكره هنا لم يبق فرق بين الدين والعين على ظاهر الرواية تأمل (قوله وتمامه فى أحكام الدين من الأشباه) وعبارتها : ومنها صحة الإبراء عن الدين ، ولا يصح الإبراء عن الأعيان والإبراء عن دعواها صحيح ، فلو قال أبرأتك عن دعوى هذا العين صح الإبراء فلا تسمع دعواه بها بعده ، ولو قال برئت من هذه الدار ومن دعوى هذه لم تسمع دعواه وبينته ، ولو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتى فيها فهو باطل وله أن يخاصم ، وإنما أبرأه عن ضمانه كذا فى النهاية من الصلح .

وفى كافى الحاكم : لا حق لى قبله يبرأ من الدين والعين والكفالة والإجارة والحدود والقصاص اه . وبه علم أنه يبرأ من الأعيان فى الإبراء العام ، لكن فى مداينات القنية : افترق الزوجان وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى وكان للزوج بذر فى أرضها وأعيان قائمة الحصاد والأعيان القائمة لاتدخل فى الإبراء عن جميع الدعاوى اه . ويدخل فى الإبراء العام الشفعة فهو مسقط لها قضاء لا ديانة إن لم يقصدها كذا فى الوالوالجية .

وفى الخانية : الإبراء عن العين المغصوبة إبراء عن ضمانها وتصير أمانة فى يد الغاصب . وقال زفر: لا يصح الإبراء وتبقى مضمونة ، ولو كانت العين مستهلكة صح الإبراء وبرىء من قيمتها اه ، فقولهم حينئذ الإبراء عن الأعيان باطل ، معناه أنها لا تكون ملكا له بالإبراء وإلا فالإبراء عنها لسقوط ضمانها صحيح أو يحمل على الأمانة اه أى إن البطلان عن الأعيان محله إذا كانت الأعيان أمانة لأنها إذا كانت أمانة لا تلحقه عهدتها فلاوجه للابراء عنها تأمل .

وحاصله أن الإبراء المتعلق بالأعيان ، إما أن يكون عن دعواها وهو صحيح مطلقا ؛ وإن تعلق بنفسها ، فإن كانت مغصوبة هالكة صح أيضا كالدين ، وإن كانت قائمة فهى بمعنى البراءة عنها عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البراءة من عينها كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدى عليها ، وإن كانت العين أمانة فالبراءة لا تصح ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها مالكها أخذها وتصح قضاء فلايسمع القاضى دعواه بعد البراءة ، هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام ط ، وقدمنا قريبا زبدته وزيادة وهو كلام حسن يرشدك إلى أن قول الشارح معناه الخ محمول على الأمانة إلى أن قوله فتصح قضاء فيه أنه باطل والحالة هذه فلا تصح لا قضاء ولا ديانة ، بل حملوا إطلاق قولهم البراءة عن الأعيان باطلة على هذه الصورة تأمل .

بقى لو ادعى عينا عليه فى يده فأنكره ثم أبرأه المدعى عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب لأنه بالإنكار صار غاصبا ، وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة؟ الظاهر نعم (قوله وقد حققته فى شرح الملتقى) نصه قلت: وقولهم عن الأعيان لا يصح معناه أن العين لا تصير ملكا للمدعى عليه لا أنه يبقى على دعواه بل تسقط فى الحكم إذا كان الإبراء مضافا للمتكلم كالصلح عن بعض الدين فإنه إنما يبرأ عن باقيه فى الحكم لا فى الديانة أى عن غير ما فى غير الذمة إذ لايسقط بالإسقاط . أما القائم بها فيسقط به ، والصلح إما إسقاط للباقى أو إبراء عنه وكلاهما

(و) صح الصلح (عن دعوى المال مطلقا) ولو بإقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة) ولو بمنفعة عن جنس آخر (و) عن دعوى (الرق وكان عتقا على مال)

صحيح فى دين الذمة ، ولذا لو ظفر به أخذه قهستانى وبرجندى وغيرهما . وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح بلا خلاف اهـ . لكن قوله لأنه يبقى على دعواه إلخ مخالف لما نقلناه عن شرح الملتقى آنفا عند قوله عن دعوى الباقى .

وفى الخلاصة : أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى فيها فهذا كله باطل ، حتى لو ادعى بعده تسمع ، ولو أقام بينة تقبل اهـ لكن فى قوله لو ادعى بعده تسمع أى على غير المخاطب كما مر عن البحر تأمل .

والحاصل أن الذى تعطيه عبارة الكتب المشهورة إن كان الإبراء عنها على وجه الإنشاء ، فإما أن يكون عن نفس العين أو عن الدعوى بها ، فإن كان عن نفس العين فهو باطل من جهة أن له الدعوى بها على المخاطب وغيره صحيح من جهة الإبراء عن وصف الضمان ، فالإبراء الصادر فى المنقول والعقار إبراء عن الأعيان لا يمنع الدعوى بأدواتها على المخاطب ولا غيره فافهم تغنم (قوله وصح الصلح عن دعوى المال) لأنه فى معنى البيع ، فما جاز بيعه جاز صلحه درر .

ولما كان جواز الصلح وعدم جوازه دائراً على أصل وهو وجوب حمل الصلح على أقرب عقد من العقود المعهودة وأشباهها مهما أمكن وصح هذا الصلح لأنه محمول على عقد البيع لاشتراكهما فى مبادلة المال بالمال وهى حقيقة البيع وصح عن دعوى المنفعة حملا على الإجارة وعن دعوى الرق حملا على العتق بمال لاشتراكهما فى تمليك المنفعة بعوض فى الأول وفى أصل المعنى فى الثانى فيراعى فى الملحق ما يراعى فى الملحق به مهما أمكن. وذكر فساد صلح الزوج عن دعوى المرأة النكاح وفساد صلح عن دعوى حد إلخ بناء على هذا الأصل أيضا لأنه لما لم يمكن الحمل على واحد من العقود المعهودة ولم يكن مصحح آخر فى كل منها حكم بفساده تدبر (قوله ولو بإقرار) بيان لوجه الإطلاق أى سواء كان بإقرار أو سكوت أو إنكار، وسواء كان بمال أو بمنفعة (قوله وبمنفعة) أى ولو بمنفعة ، ويكون بمعنى الإجارة إذا كان عن إقرار (قوله وعن دعوى المنفعة) صورته أن يدعى على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد وأنكر الورثة لأن الرواية محفوظة . على أنه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اهـ . وفى الأشباه الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما فى المستصفى اهـ رملى، وهذا مخالف لما فى البحر تأمل (قوله ولو بمنفعة عن جنس آخر) الأولى التعبير بمن كالصلح عن السكنى على خدمة العبد ، بخلاف الصلح عن السكنى، على سكنى فلا يجوز كما فى العينى والزيلعى. قال السيدى الحموى : لكن فى الولوالجية ما يخالفه ، حيث قال : وإذا ادعى سكنى دار فصالحه على سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز ، وإجارة السكنى بالسكنى لا تجوز . قال : وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان تمليكا بتمليك اهـ أبوالسعود، وذكره ابن ملك فى شرح الوقاية مخالفا لما ذكره فى شرحه على المجمع . قال فى اليعقوبية : والموافق للكتب ما فى شرح المجمع .

والحاصل أن الجنس إحدى علتى الربا وبإحدى العلتين يحرم . فتمليك المنافع لايكون إلا نسيئة لحدوثه آنا بعد آن فيمتنع مع اتحاد الجنس لامع اختلافه (قوله وعن دعوى الرق وكان عتقا على مال) صورته : إذا ادعى على مجهول الحال أنه عبده فصالحه المدعى عليه على مال جاز وكان عتقا بمال مطلقا : أى فى حق المدعى والمدعى

ويثبت الولاء لو بإقرار وإلا لا إلا ببينة درر .

قلت : ولا يعود بالبينة رقيقا . وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لايستحق المدعى لأنه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا فليحفظ (و) عن دعوى الزوج (النكاح) على غير مزوجة (وكان خلعا) ولا يطيب لو مبطلا ، ويحل لها التزوج لعدم الدخول ، ولو ادعته المرأة فصالحها لم يصح وقاية ونقاية ودرر وملتقى وصححه

عليه إن كان عن إقرار ، وفى حق المدعى إن كان عن سكوت أو إنكار ويكون حينئذ فداء يمين وقطعا للخصومة فى حق المدعى عليه (قوله ويثبت الولاء) لو وقع الصلح بإقرار : أى من المدعى عليه وهو العبد (قوله وإلا) أى وإن لم يكن بإقرار بأن كان الصلح عن إنكار أو سكوت (قوله لا) أى لايثبت الولاء لأنه لم يصدقه على أنه معتقه بل ينكر العتق ويدعى أنه حر الأصل ، ومن ادعى ولاء شخص لايثبت له إلا بتصديق المدعى عليه كما تقدم فى الإقرار (قوله إلا ببينة) أى إلا أن يقيم المدعى البينة بعد ذلك فتقبل بينته فى حق ثبوت الولاء عليه لاغير حتى لايكون رقيقا ، لأنه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا منح (قوله ولا يعود بالبينة الخ) يغنى عنه قوله وكان عتقا على مال ، لأن بالبينة أثبت أنه كان رقيقا قبل الصلح وقد وقع الصلح عتقا على مال على ماقدمه فلا وجه لعوده رقيقا (قوله المدعى) بالبناء للمجهول ، وسيأتى آخر الباب استثناء مسألة ، وهى قوله إلا فى الوصى على مال الخ (قوله بأخذ البدل) متعلق بنزل . قال الحموى : ولو كان المدعى كاذبا لايحل له البدل ديانة (قوله نزل بائعا) أى بأخذ البدل : أى فيما يصالح أن يكون بائعا فيه أو مستأجرا أو مؤجرا أو معتقا على مال أو مختلفا فيما يصلح له (قوله عن دعوى الزوج) لو أسقط لفظ الزوج ماضر . قال فى الشرنبلالية : لو أسقط لفظ الزوج لكان أولى . ثم قال : وهذا إذا لم تكن ذات زوج ، لأنه لو كان لها زوج لم يثبت نكاح المدعى فلا يصح الخلع انتهى (قوله على غير مزوجة) أما لو كان لها زوج : أى ثابت لم يثبت نكاح المدعى فلا يصح الخلع شرنبلالية . قال القهستانى : لأنه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح ، وليس عليها العدة ولا تجديد النكاح من زوجها كما فى العمادية . وشمل كلامه ماإذا ادعى أنها زوجته قبل أن يتزوجها هذا الزوج الموجود فى حال الدعوى لأنه حين ادعى النكاح ادعاه على غير مزوجة . أما لو ادعى أنه تزوجها فى حال قيام الزوجية لم تصح دعواه فلا يصح صلحه لعدم تأتى كونه خلعا ، وكذا لو لم يحل له نكاح المدعى عليه كتزوج أختها أو أربع سواها فدعواه لاتصح حينئذ ، ولا وجه لصحة صلحه لعدم إمكان كونه خلعا لأن الخلع لايكون إلا بعد النكاح الصحيح (قوله وكان خلعا) ظاهر أنه ينقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقتين لو تزوجها بعد ، أما إذا كان عن إقرار فظاهر ، وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فمعاملة له بزعمه فتدبر ط (قوله ولا يطيب لو مبطلا) هذا عام فى جميع أنواع الصلح كفاية .

والحاصل أن مايأخذه بدلا عن الصلح إن كان محقا فى دعواه فإنه يطيب له ، فإن كان فى دعوى المال فإنه بدل ماله ، وإن كان فى دعوى المنفعة فإنه أجرة ماله ، وإن كان فى دعوى الرق فإنه بدل العتق ، وإن كان فى دعوى النكاح فإنه بدل الخلع ، ولو كان مبطلا فى دعواه لايطيب له مايأخذه لأنه أكل مال أخيه بالباطل وهذا عام فى كل مسائل الصلح (قوله لعدم الدخول) أى إذا كان كذلك فى نفس الأمر . أما لو علم صحة دعواه وأنه دخل بها أو اختلى لايحل لها إلا بعد انقضاء العدة (قوله لم يصح) لأنه إن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة منها ، كما إذا مكنت ابن زوجها وإن لم تجعل فرقة فالحال على ماكان عليه قبل الدعوى ، لأن الفرقة لما لم توجد كانت الدعوى على حالها لبقاء النكاح فى زعمها فلم يكن شىء ثمة يقابله العوض فكان رشوة اه درر . والظاهر أنه لايجوز لها التزوج بغيره معاملة لها بزعمها ط .

فى المجتبى والاختيار وصحح الصحة فى درر البحار .

(وإن قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) لأنه ليس من تجارته فلم يلزم المولى ، لكن يسقط به القود ويؤاخذ بالبدل بعد عتقه (وإن قتل عبد له) أى للمأذون (رجلا عمدا وصالحه) المأذون (عنه جاز) لأنه من تجارته والمكاتب كالحر .

قال الزيلعى : وإن كانت هى المدعية والزوج ينكر ذكر فى بعض نسخ المختصر أنه لايجوز ، لأنه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لايعطى العوض فى الفرقة إذلم يسلم له شىء فى هذه الفرقة وهى يسلم لها المال والنفس ، وإن لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ماكان عليه قبله فتكون على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة فلا يصار إليه . وذكر فى بعضها أنه يجوز لأنه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة انتهى . قال الحموى : وأطال صاحب غاية البيان فى ترجيح عدم الجواز (قوله وصحح الصحة فى درر البحار) لأنه يجعل كأنه زاد فى مهرها إلى آخر ماقدمناه ، وأقره فى غرر الأفكار ، وعليه اقتصر فى البحر فكان فيه اختلاف التصحيح . وعبارة المجمع [illegible] دعت هى نكاحه فصالحها جاز ، وقيل لم يجز .

[فائدة] فى فروق المحبوبى : لو ادعت امرأة أن زوجها طلقها ثلاثا وأنكر الزوج وصالحها على مائة درهم على أن تبرئه من الدعوى لم يصح ويرجع الزوج عليها والمرأة على دعواها . ولو ادعى على امرأة نكاحها فجحدت فصالحها على مائة درهم لتقر فأقرت صح ويلزمه المال ويكون هذا ابتداء عقد . وبه يظهر الفرق بين الأولى والثانية لأن فى الفصل الأول لايمكن جعله ابتداء عقد ، وفى الثانية ممكن (قوله المأذون له) أى بالتجارة (قوله عمدا) قيد به ، لأنه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز لأنه يسلك به مسالك الأموال ط (قوله فلم يلزم المولى) لأنه لم يأذن به وإنما أذن له فيما هو من أعمال التجارة وليس هذا منها . قال المقدسى : فإن أجازه صح عليه وإلا لا (قوله لكن يسقط به القود) لأنه صحيح بينه وبين أولياء المقتول لأنه مكلف فيصح تصرفه فى حق نفسه لافى مال الغير وهو المولى بغير إذنه لأن الولى أسقطه بالبدل ولا مانع من جانبه .

وحاصله كما فى العناية أن نفس العبد ليست من كسبه فلا يجوز له التصرف فيها ولم يجب البدل فى حق المولى بل تأخر إلى مابعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا ولم يصح فى حق المولى فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق (قوله ويؤاخذ) أى المأذون المصالح ، لأنه قد التزم المال وهو معسر فى حال رقه فينظر إلى الميسرة وهى تكون بعد عتقه (قوله وإن قتل عبد له) عبد فاعل قتل (قوله وصالحه المأذون) على تقدير مضاف أى صالح أولياءه ، يعنى إذا كان لهذا المأذون عبد قتل رجلا عمدا فصالح عنه مولاه المأذون جاز وهكذا التصوير فى غاية البيان : فالمراد بالمولى العبد المأذون وهو مولى عبد قاتل عمدا وأطلق صحة هذا الصلح فشمل أنه صحيح سواء كان على هذا المولى المأذون دين أو لم يكن ، وسواء كان على عبده دين أو لم يكن كما فى تكملة الديرى . وفى التعبير بالمولى عن المأذون تعسف كما نبه عليه عزمى زاده . ووجهه أن المولى إنما يطلق على الأسفل بعد عتقه ورق المأذون قائم فلا يصح إطلاق المولى عليه كما أفاده المولى أبو السعود (قوله لأنه من تجارته) لأن استخلاصه كشرائه منح ، لأنه باستحقاق القتل كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذا له أن يستخلصه ، بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه كما سيأتى (قوله والمكاتب كالحر) أى لخروجه عن يد المولى إذ هو حر يدا واكتسابه له مالم يعجز ، بخلاف المأذون فإنه عبد من كل وجه وكسبه

(والصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز) كصلحه بعرض (فلا تقبل بينة الغاصب بعده) أى الصلح على (أن قيمته أقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب) على المغصوب منه بشىء (لو تصادقا بعد وأنها أقل) بحر .

لمولاه ولهذا نفذ تصرفه على نفسه حيث جاز صلحه عنها . قال فى الدرر : ولهذا إن ادعى أحد رقيته فإنه يكون خصما فيه ، وإذا جنى عليه كان الأرش له ، وإذا قتل لاتكون قيمته للمولى ، بل لورثته تؤدى منها كتابته ، ويحكم بحريته آخر حياته ، ويكون الفضل لهم ، فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك المأذون ذكره الزيلعى انتهى (قوله والصلح عن المغصوب)أى القيمى ، لأنه لو كان مثليا فهلك فالمصالح إن كان من جنس المغصوب لاتجوز الزيادة اتفاقا ، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا ابن ملك أى جاز مع اختلاف الجنس (قوله الهالك) قيد به لأنه لاخلاف فى الصلح بالأكثر عند قيامه ، إذ لانظر للقيمة حينئذ أصلا ابن ملك (قوله على أكثر من قيمته) أى ولو بغبن فاحش . قال فى غاية البيان : بخلاف الغبن اليسير فإنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا : أى عندهما ، وقيد بقوله على أكثر من قيمته لأنه محل الخلاف .

قال فى جامع الفصولين : غصب كر بر أو ألف درهم فصالح على نصفه ، فلو كان المغصوب هالكا جاز الصلح . ولو قائما لكن عينه أو أخفاه وهو مقر أو منكر جاز قضاء لاديانة ، ولو حاضرا يراه لكن غاصبه منكر جاز كذلك ، فلو وجد المالك بينة على بقية ماله قضى له به ، والصلح على بعض حقه فى كيلى أو وزنى حال قيامه باطل . ولو أقر بغصبه وهو ظاهر فى يده ويقدر مالكه على قبضه فصالحه على نصفه على أن يبرئه مما بقى جاز قياسا لا استحسانا ، ولو صالحه فى ذلك على ثوب ودفعه جاز فى الوجوه كلها إذ يكون مشتريا للثوب بالمغصوب . ولو كان المغصوب قنا أو عرضا فصالح غاصبه مالكه على نصفه وهو مغيبه عن ملكه وغاصبه مقر أو منكر لم يجز إذ صلحه على نصفه إقرار بقيامه ، بخلاف كيلى أو وزنى إذ يتصور هلاك بعضه دون بعضه عادة بخلاف ثوب وقن اهـ (قوله قبل القضاء بالقيمة) أما بعد القضاء لايجوز ، لأن الحق انتقل بالقضاء إلى القيمة منح فيرد الزيادة على القيمة أبو السعود (قوله جائز) عند الإمام خلافا لهما لأن حق المالك فى الهالك لم ينقطع ولم يتحول إلى القيمة فكان صلحا عن المغصوب لاعن قيمته فلا يكون اعتياضه بأكثر من من قيمته ربا ، والزائد على المالية يكون فى مقابلة الصورة الباقية حكما لاالقيمة . وعندهما لايجوز إذا كان بغبن فاحش لأن حقه فى القيمة فالزائد عليها ربا ، ومحل ذلك إذا لم يكن مثليا صولح عنه على مثله فإنه لاتجوز الزيادة حينئذ ، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا .

والحاصل أن الإمام يقول إن الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا مابلغ ، كما إذا كانت قائمة حقيقة ، والصاحبان يقولان إن القيمة هى الواجبة فى ضمان العدوان لأنها هى التى يمكن وجوبها فى الذمة دون العين فيكون المأخوذ بدلا عن القيمة عند الصاحبين ، فما زاد عن القيمة يكون ربا أبو السعود (قوله كصلحه بعرض) أى سواء كانت قيمته كقيمة الهالك أو أقل أو أكثر ، وإنما ذكرها الشارح هنا مع أنها ستأتى متنا إشارة إلى أن محلها هنا وظاهره أن الصلح عن قيمى بعرض وإن كانت قيمته أكثر جاز على هذا الخلاف وليس كذلك ، بل الصلح على عرض وإن كانت قيمته أكثر من قيمة المغصوب جائز اتفاقا صرح به فى الكافى وغيره .

غاية مايقال : إن مقارنته بما قبله لمجرد تساويهما فى الصحة عند زيادة البدل عن قيمة المبدل وإن كان أحدهما اختلافيا والآخر اتفاقيا ، نعم لو أفرده بالذكر كما فى الهداية وكما فعل المصنف لكان أولى (قوله فلاتقبل الخ) لأن بالصلح قد أخذ بعض حقه وأسقط باقيه والساقط لايعود (قوله ولارجوع للغاصب على المغصوب منه بشىء) أى سواء

(ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح) الموسر (الشريك على أكثر من نصف قيمته لا يجوز) لأنه مقدر شرعا فبطل الفضل اتفاقا (كالصلح فى) المسألة (الأولى على أكثر من قيمة المغصوب) بعد القضاء (بالقيمة فإنه لا يجوز لأن تقدير القاضى كالشارع (وكذا لوصالح بعرض صح وإن كانت القيمة أكثر من قيمة مغصوب تلف) لعدم الربا (و) صح (فى) الجناية (العمد) مطلقا ولو فى نفس مع إقرار (بأكثر من الدية والأرش) أو بأقل لعدم الربا (وفى الخطإ) كذلك

كان قبل القضاء بقيمة المغصوب أو بعده لعدم ظهور الربا بين العرض وقيمة المغصوب لفقد العلتين فيه ، بخلاف مالو دفعها من جنس القيمة بعد القضاء بها لأن تقدير القاضى كتقدير الشارع ، فإذا دفع أزيد منه تحقق الربا إن كان من جنس ماقدره القاضى . أما لو قضى بالدراهم فدفع الدنانير أو بالعكس فيجوز أيضا لفقد العلة وهو اتحاد الجنس ، لكن يشترط القبض فى مجلس الصلح لئلا يفترقا عن دين بدين أفاده الرحمتى .

[تنبيهات] الصلح على أكثر من مهر المثل جائز ، ولو طلقها بعد الدخول أو ماتت لايجوز إلا على قدر مهر المثل لأنه يصير بمنزلة الدين ولم يبق له حكم المهر ولذا لايجوز الزيادة فيه .

استهلك إناء فضة وقضى بالقيمة وافترقا قبل القبض لم يبطل وكذا لو اصطلحا بلا قضاء غصب طوق ذهب مائتا مثقال فضاع فصالحه على مائة ثم أقر المدعى أن أحدهما كان ملك المدعى عليه فالصلح جائز عن الثانى ولا يرجع عليه ، ولو أقام المدعى بينة على الألف والدار بعد الصلح كان على حقه فى الدار لأن المائتين التى أخذهما إنما هما من الألف وقد حط عن الباقى منها ، ولو ادعى دارا أو ألفا فصالحه على ألف ثم برهن على نصف الدار ونصف الألف لم يكن له من ذلك شىء ، ولو أقام البينة على ألف درهم ونصف الدار كانت الألف قضاء بالألف وأخذ نصف الدار ، ولو استحقت الدار من يد المدعى عليه لم يرجع من الألف بشىء لأنه يقول الألف التى قبضت عن التى ادعيت وقياس الألف والدار الدرهم والدينار .

ووجه عدم كون البدل عن الجميع أو الشراء الواحد لا ينتظم الإسقاط والمعاوضة . ولو أعطاه ثوبا عن جميع حقه فهو صلح الجميع (قوله ولو أعتق موسر عبدا الخ) قيد بالموسر ، لأنه لو كان معسرا يسعى العبد فى نصفه كما فى مسكين (قوله لا يجوز لأنه مقدر شرعا) قال فى الدرر لأن القيمة فى العتق منصوص عليها ، وتقدير الشارع ليس أدنى من تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه اه بخلاف ماتقدم لأنها غير منصوص عليها ، وإن صالحه على عرض جاز كيفما كان لأنه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس عينى (قوله لعدم الربا) لأنه قوبل صورة بصورة على قوله أو قيمة بصورة على قولهما ، وعلى كل فلاربا (قوله وصح فى الجناية العمد الخ) شمل ما إذا تعدد القاتل أو انفرد ، حتى لو كانوا جماعة فصالح أحدهم على أكثر من قدر الدية جاز وله قتل البقية والصلح معهم ، لأن حق القصاص ثابت على كل واحد منهم على سبيل الانفراد تأمل رملى (قوله ولو فى نفس مع إقرار) تفسير للإطلاق : أى سواء كان العمد فى النفس أو مادونها ، وسواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت (قوله بأكثر من الدية) أى فى النفس (قوله والأرش) أى فى الأطراف (قوله أو بأقل) أى على أقل وإن كان أقل من عشرة دراهم لأنه لا موجب له وإنما يجب بالعقد فيقدر بتقديرهما ، بخلاف النكاح حيث لا يجوز تسمية ما دون العشرة فيه لأنه مقدر شرعا (قوله لعدم الربا) لأن الواجب فيه القصاص وهو ليس بمال فلا يتحقق فيه الربا ، فلا يبطل الفضل لعدم المجانسة بين موجب العمد وهو القصاص والمدفوع من المال (قوله كذلك) أى بأكثر من الدية أى مطلقا فى النفس أو الأطراف مع الإقرار أو السكوت

(لا) تصح الزيادة . لأن الدية فى الخطإ مقدرة ، حتى لو صالح بغير مقاديرها صح كيفما كان بشرط المجلس لئلا يكون دينا بدين . وتعيين القاضى أحدهما يصير غيره كجنس آخر ولو صالح على خمر فسد فتلزم الدية فى الخطإ ويسقط القود لعدم ما يرجع إليه اختيار .

(وكل) زيد (عمرا بالصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه) على آخر

أو الإنكار (قوله لا تصح الزيادة) أفاد بالتقييد بالزيادة صحة النقص ويجعل إسقاطا ط . وإذا لم تصح الزيادة فالصلح صحيح والزيادة غير لازمة كما فى الدرر والشرنبلالية (قوله لأن الدية فى الخطإ مقدرة) أى شرعا والزيادة عليها تكون ربا فيبطل الفضل . ومقاديرها مائة بعير أو مائتا بقرة أو مائتا شاة أو مائتا حلة أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم عزمى عن الكافى فلا تجوز الزيادة عليه ، كما لا يجوز الصلح فى دعوى الدين على أكثر من جنسه ط .

قال الرحمتى : وهذا فى الدراهم والدنانير ظاهر . وأما فى الإبل فينبغى الجواز لفقد القدر اه .

أقول : سيأتى قريبا ما يؤيده فافهم (قوله بغير مقاديرها) أى بغير الذهب والفضة والإبل كأن صالح بعروض أو حيوان غير ما ذكر صح سواء كانت قيمته قدر دية أولا . وأفاد أن الكلام فيما إذا صالح على أحد مقادير الدية المتقدمة (قوله بشرط المجلس) أى بشرط القبض فى المجلس إذا كان ما وقع عليه الصلح دينا فى الذمة . وهذا مقيد بما إذا كان الصلح بمكيل أو موزون كما قيده فى العناية ح بزيادة من ط (قوله لئلا يكون دين بدين) أى افترقا عن دين وهو الدية بدين وهو ما وقع عليه الصلح (قوله أحدهما) كالإبل مثلا (قوله يصير) بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المشددة فعل مضارع (قوله كجنس آخر) فلو قضى القاضى بمائة بعير فصالح القاتل عنها على أكثر من مائتى بقرة وهى عنده ودفعها جاز . لأن الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من المقادير كجنس آخر فأمكن الحمل على المعاوضة منح .

وفى الجوهرة : إنما جاز ذلك لأن قضاء القاضى عين الوجوب فى الإبل . فإذا صالح على البقر فالبقر الآن ليست بمستحقة وبيع الإبل له بالبقر جائز .

وإذا صالح عن الإبل بشىء من المكيل والموزون مؤجلا فقد عارض دينا بدين فلا يجوز . وإن صالح عن الإبل على مثل قيمة الإبل أو أكثر مما يتغابن فيه جاز لأن الزيادة غير متعينة وإن كان لا يتغابن فيها لا لأنه صالح على أكثر من المستحق اه . وقوله على أكثر الظاهر أنه بالأقل كذلك بالأولى قاله أبو الطيب (قوله فسد) لأن هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون (قوله ويسقط القود) أى فى العمد أى مجانا : إن سمى نحو خمر . يعنى يصير الصلح الفاسد فيما يوجب القود عفوا عنه . وكذا على خنزير أو حر كما فى الهندية هذا بخلاف ما إذا فسد بالجهالة .

قال فى المنح فى الكلام على العمد : ثم إذا فسدت التسمية فى الصلح كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لأن الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار إلى موجبه الأصلى بخلاف ما إذا لم يسم شيئا أوسمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شىء لما ذكرنا أى من أن القصاص إنما يتقوم بالتقويم ولم يوجد . وفى قوله فيصار إلى موجبه الأصلى نظر لأنه القصاص لا الدية . وبعد خطور ذلك بالذهن رأيت سرى الدين نبه عليه ط (قوله بالصلح عن دم عمد) محله إذا صدر التوكيل من الجانى (قوله أو على) نسخ المتن أو عن بإبدال على (قوله يدعيه على آخر) تبع الشارح فى هذا المصنف فى شرحه . وفى العبارة قلب والصواب يدعيه عليه آخر .

من مكيل وموزون (لزم بدله الموكل) لأنه إسقاط فكان الوكيل سفيرا (إلا أن يضمنه الوكيل) فيؤاخذ بضمانه (كما لو وقع الصلح) من الوكيل (عن مال بمال عن إقرار) فيلزم الوكيل لأنه حينئذ كبيع (أما إذا كان عن إنكار لا) يلزم الوكيل مطلقا بحر ودرر .

لما علمت أن التوكيل من طرف المدعى عليه وإلا فإذا كان مدعيا على آخر دينا فوكل من يصالحه على بعضه كيف يقال البدل يلزم الموكل مع أنه هنا آخذ البدل لا دافعه ، ويدل عليه قوله الآتى لزم بدله الموكل ، وعبارة الدرر هكذا وليس فيها كلمة على. وعبارة الكنز : ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح الوكيل لم يلزم الوكيل ما صالح عليه وهى أحسن ، ولو حذف كلمة على آخر كما صنع الدرر لسلم من هذا إلا أن تحمل عبارته هنا على ما ذكرنا ، بأن يقال أو على بعض دين يدعيه آخر عليه فتأمل .

قال الشمنى : لأن هذا الصلح إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا يكون البدل عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه ، فإنه حينئذ يؤاخذ به لضمانه لا لعقد الصلح اه (قوله من مكيل وموزون) هكذا قيد بهذا القيد فى الدرر وتبعه الشارح ، إلا أن عبارة الدرر بلفظ أو والواو بمعنى أو أى سواء كان دينا منها بحسب الأصل أو بحسب التقدير .

قال أبو الطيب : إن كان المراد من مكيل وموزون أن من بيانية للدين فلا حاجة إلى اشتراط أن يكون الدين بدل المكيل والموزون لأن الدين لا يكون إلا أحدهما لأن الأعيان لا تكون ديونا اه وبه ظهر قول بعض الأفاضل هل مثله المعدود المتقارب والمذروع إذا بين طوله وعرضه وصفته ، فإنهم قالوا : يجوز فيه حينئذ السلم ويصح ثبوته فى الذمة يراجع اه فتأمل (قوله لزم بدله الموكل) هذا ظاهر فيما إذا كان الوكيل من طرف الجانى، ولا يظهر إذا كان من طرف الولى لأنه آخذ فكيف يقال يلزمه ؛ وكذا لا يظهر فى جانب الدين إذا كان الموكل هو المدعى لأن الموكل مدع فكيف يلزمه ؛ وأطلق فى لزومه الموكل فشمل الصلح بأقسامه الثلاثة وبه صرح العينى (قوله لأنه إسقاط) أى للقود عن القاتل وبعض الدين عن المدعى عليه (قوله فيؤاخذ بضمانه) أى ويرجع على الموكل به ، وكذا الصلح فى الخلع ؛ وكذا يرجع فى الصورة التالية لهذه كما فى المقدسى : وفى النكاح لا يرجع لأن الأمر بالصلح عنه أمر بالأداء عنه ليفيد الأمر فائدته إذ الصلح عنه جائز بلا أمره ، بخلاف النكاح لأنه لا ينفذ عليه من الأجنبى ؛ والأمر بالخلع كالأمر بالصلح حتى يرجع على الآمر إن ضمن وأدى عنه زيلعى .

قال عبد الحليم : قوله إلا أن يضمنه : أى يكفل الوكيل البدل وأن يضيف العقد إلى نفسه وإلى مال نفسه اه وهذا كله فيما إذا كان الصلح عن دم العمد كما ذكره المصنف عن إقرار أو سكوت أو إنكار أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين كما ذكره المصنف أيضا لأنه إسقاط ؛ فكان الوكيل سفيرا فلا يلزمه شىء إلا بالالتزام . وأما فيما يحمل على المعاوضة فسيذكره بقوله الآتى هنا ، كما إذا وقع عن مال بمال الخ (قوله فيلزم الوكيل) أى ثم يرجع به على الموكل كما مر قريبا لأن الوكيل أصل فى المعاوضات المالية فترجع الحقوق إليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل عينى (قوله لأنه حينئذ كبيع) أى والحقوق فى عقد البيع ترجع إلى المباشر فكذا فيما إذا كان بمنزلته فيلزم الوكيل ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل ، ومقتضى الإطلاق أنه يرجع وإن لم تكن الكفالة بأمر الموكل كما صرحت به عند قوله الآتى بأمره (قوله مطلقا) سواء كان عن مال بمال أو لا ؛ وسواء كان فى دم عمد ودين أو غيرهما ؛ وهذا إنما يظهر فى جانب

(صالح عنه) فضولى (بلا أمر صح إن ضمن المال أو أضاف) الصلح (إلى ماله أو قال على) هذا أو (كذا وسلم) المال صح وصار متبرعا فى الكل إلا إذا ضمن بأمره عزمى زاده (وإلا) يسلم فى الصورة الرابعة (فهو موقوف ، فإن أجازه المدعى عليه جاز

المدعى عليه إذ هو فى جانبه فداء يمين وقطع نزاع : وهذا إنما يعود إلى الموكل لا إلى الوكيل (قوله صالح عنه) أى عن المدعى عليه فضولى الخ . هذا فيما إذا أضاف العقد إلى المصالح عنه لما فى آخر تصرفات الفضولى من جامع الفصولين .

ف : الفضولى إذا أضاف العقد إلى نفسه يلزمه البدل وإن لم يضمنه ولم يضفه إلى مال نفسه ولا إلى ذمة نفسه ، وكذا الصلح عن الغير اه . قال الزيلعى : وهذا مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص وأخواته . أما إذا كان عن معاوضة فيمضى على الفضولى إذا كان شراء عن إقرار (قوله بلا أمر) قيد به لأنه لو كان بأمر نفذ الصلح عن المدعى عليه وعليه البدل إلا فى صورة الضمان فالبدل على المصالح عند الإمام الحلوانى : وذكر شيخ الإسلام أنه عليه وعلى المدعى عليه أيضا فيطالب المدعى به أيهما شاء قهستانى عن المحيط (قوله صح إن ضمن المال) لأن الحاصل للمدعى عليه البراءة ، وفى مثله يستوى المدعى عليه والأجنبى لأنه لا يسلم للمدعى عليه شىء كما يسلم للأجنبى . والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لا رضا المدعى عليه إذ لاحظ له فيه . والمدعى ينفرد بالصلح فيما لامعاوضة فيه غير أنه لم يرض بسقوط حقه مجانا فإذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح اه (قوله أو أضاف الصلح) أى البدل الذى وقع عليه الصلح (قوله إلى ماله) بأن يقول صالحتك على ألف من مالى أو على عبدى فلان لأن الإضافة إلى نفسه التزام منه للتسليم إلى المدعى وهو قادر على ذلك فيلزمه تسليمه (قوله أو قال على هذا) أى وأشار إلى نقد أو عين ، وإنما صح فيه لأن المعروف المشار إليه كالمضاف إلى نفسه لأنه تعين التسليم إليه بشرط أن يكون ملكه فيتم به الصلح (قوله أو كذا) أشار به إلى الصورة الرابعة وهى صورة الإطلاق بأن قال على ألف (قوله وسلم المال) أى فى الأخير وهى الصورة الرابعة (قوله صح) مكرر بما فى المتن ، وإنما صح لأنه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والإضافة إلى نفسه .

قال فى الدرر : أما الأول فلأن الحاصل للمدعى عليه البراءة وفى حقها الأجنبى والمدعى عليه سواء ، ويجوز أن يكون الفضولى أصيلا إذا ضمن كالفضولى للخلع إذا ضمن البدل . وأما الثانى فلأنه إذا أضافه إلى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح . وأما الثالث فلأنه إذا عينه للتسليم فقد اشترط له سلامة العوض فصار العقد تاما بقبوله . وأما الرابع فلأن دلالة التسليم على رضا المدعى فوق دلالة الضمان والإضافة إلى نفسه على رضاه اه باختصار (قوله وصار متبرعا فى الكل) أى فى أربع صور الفضولى المارة آنفا : وهى ما إذا ضمن المال ، وما إذا أضاف الصلح لماله ، وما إذا قال صالحتك عنه بألف ولم يزد وسلمها ، وما إذا قال على ألفى هذه أو عبدى هذا وسلم ، فلو استحق العوض فى الوجوه التى تقدمت أو وجده زيوفا أو ستوقا لم يرجع المصالح لأنه متبرع التزم تسليم شىء معين ولم يلتزم الإيفاء من غيره فلا يلزمه شىء آخر ، ولكن يرجع بالدعوى لأنه لم يرض بترك حقه مجانا إلا فى صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح لأنه صار قرينا فى ذمته ، ولهذا لو امتنع عن التسليم يجبر عليه زيلعى (قوله إلا إذا ضمن بأمره) ثم يرجع على المصالح عنه إن كان الصلح بغير أمره بزازية فتقييد الضمان اتفاقى . وفيها الأمر بالصلح والخلع أمر بالضمان لعدم توقف صحتهما على الأمر فيصرف الأمر إلى إثبات حق الرجوع ، بخلاف الأمر بقضاء الدين اه . أقول لم يظهر لى الفرق تأمل (قوله عزمى زاده) لم أجده فيه فليراجع (قوله وإلا يسلم فى الصورة الرابعة) الأولى ترك هذا القيد وإبقاء لا على العموم ، بأن يقول

ولزمه) البدل (وإلا بطل . والخلع فى جميع ماذكرنا من الأحكام) الخمسة (كالصلح . أدعى وقفية أرض ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز وطاب له) البدل (لو صادقا فى دعواه ، وقيل) قائله صاحب الأجناس

وإلا يكن كذلك أى إن لم يضمن ولم يضف ولم يشر ولم يسلم ، أو يقول وإلا يوجد شىء مما ذكر من الصور الأربعة فهو موقوف لأنه لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه . فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لا لتزامه باختياره ، وإن رده بطل لأن المصالح لا ولاية له على المطلوب فلاينفذ عليه تصرفه ، ومن جعل الصور أربعا جعل الرابعة بشقيها وهى التسليم وعدمه صورة واحدة كالزيلعى ، وبعضهم جعلهاخمسة باعتبار التسليم صورة وعدمه أخرى ، وهذه الصورة الخامسة مترددة بين الجواز والبطلان .

ووجه الحصر كما فى الدرر أن الفضولى إما أن يضمن المال أولا ، فإن لم يضمن ، فإما أن يضيف إلى ماله أولا ، فإن لم يضفه ، فإما أن يشير إلى نقد أو عرض أولا ؛ فإن لم يشر ، فإما أن يسلم العوض أولا : فالصلح جائز فى الوجوه كلها إلا الأخيرة وهو ما إذا لم يضمن البدل ولم يضفه إلى ماله ولم يشر إليه ولم يسلم إلى المدعى حيث لا يحكم بجوازه ، بل يكون موقوفا على الإجازة إذ لم يسلم للمدعى عوض انتهى . وجعل الزيلعى الصور أربعا ، وألحق المشار بالمضاف .

أقول : لكن غير الصورة المذكورة لايتوقف على الإجازة ، وحينئذ فلا يتوجه على الشارح اعتراض تأمل (قوله ولزمه البدل) المشروط لا لتزامه باختياره (قوله وإلا بطل) لأن المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه (قوله والخلع) أى إذا صدر من فضولى عن المرأة ببدل ؛ فإن ضمنه أو أضافه إلى مال نفسه أو أشار صح ولزمه وكان متبرعا ، وإن أطلق إن سلم صح وإلا توقف على إجازتها قال فى التبيين وجعل فى بعض شروح الجامع فى باب الخلع الألف المشار إليه أو العبد المشار إليه مثل الألف المنكر حتى جعل القول إلى المرأة انتهى (قوله من الأحكام الخمسة) التى خامسها قوله وإلا بطل أو التى خامسها قوله وإلا فهو موقوف بعد قوله أو على هذا ، ويؤيده قول الشارح سابقا فى الصورة الرابعة . والأولى فى التعبير أن يقول والخلع فى جميع ماذكرنا من الأحكام فى الصور الخمسة كالصلح لأنه ليس لنا إلا حكمان وهما الجواز فى الصور الأربع وعدمه فى الخامسة فتأمل (قوله ادعى وقفية أرض) أطلق فيه فعم الوقفية من نفسه وغيره (قوله ولا بينة له) مفهومه أنه : إذا أوجد البينة لا يجوز الصلح لأنه لا مصلحة فيه ، ولا نظر لكون البينة قد ترد والقاضى قد لا يعدل (قوله وطاب له) أى للمدعى ولم يذكر هل يطيب للمدعى عليه الأرض إذا كان المدعى صادقا ، والظاهر أنها لا تطيب (قوله لو صادقا فى دعواه) فيه أنه لو كان صادقا فى دعواه كيف يطيب له وفى زعمه أنها وقف وبدل الوقف حرام تملكه من غير مسوغ فأخذه مجرد رشوة ليكف دعواه فكان كما إذا لم يكن صادقا .

وقد يقال إنه إنما أخذه ليكف دعواه لا ليبطل وقفيته ، وعسى أن يوجد مدع آخر ط ، لكن أطلق فى وقف الحامدية الجواب بأنه لا يصح قال لأن المصالح يأخذ بدل الصلح عوضا عن حقه على زعمه فيصير كالمعاوضة ، وهذا لا يكون فى الوقف لأن الموقوف عليه لا يملك الوقف فلا يجوز له بيعه ، فههنا إن كان الوقف ثابتا فالاستبدال به لا يجوز وإلا فهذا يأخذ بدل الصلح لا عن حق ثابت فلا يصح ذلك على حال كذا فى جواهر الفتاوى اه ثم نقد الحامدى ما هنا ثم قال فتأمل .

أقول : تأملته فوجدت أن المعاوضة فى الوقف والحالة هذه جائزة لما صرحوا به من جواز استبداله إذا وقع

(لا) يطيب لأنه بيع معنى وبيع الوقف لا يصح .

(كل صلح بعد صلح فالثانى باطل ، وكذا) النكاح بعد النكاح والحوالة بعد الحوالة و (الصلح بعد الشراء) والأصل أن كل عقد أعيد فالثانى باطل

فى يد غاصب ، نعم يلزم أن يجعله حينئذ بدل الموقوف ، أما إذا كان من أهل الاستحقاق لغلة الوقف وأخذه ما أخذه بالمصالحة عوضا عن حقه فى الغلة طاب له ذلك ما لم يتجاوز عن قدر استحقاقه منه تأمل ، وانظر ما تقدم فى باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر (قوله وبيع الوقف لا يصح) الظاهر أنه من قال يطيب له : أى يطيب له الأخذ ويجعله مكانا موقوفا لعجزه عن تحصيل الوقف بفقد البينة ، ومن قال لا يطيب له أراد لا يطيب له التصرف فيه لأنه بدل الوقف فى زعمه فيكون له حكم الوقف تأمل (قوله فالثانى باطل) فلو ادعى دارا فأنكر ذواليد فصالحه على ألف على أن يسلم الدار لذى اليد ثم برهن ذواليد على صلح قبله فالصلح الأول ماض والثانى باطل حموى ، وهذا إذا كان الصلح على سبيل الإسقاط أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثانى هو الجائز ويفسخ الأول كالبيع نور العين عن الخلاصة ، وكذا نقله البيرى عن الخلاصة عن المنتقى .

قلت : لكن استظهر سيدى الوالد رحمه الله تعالى أن الصلح على سبيل الإسقاط بمعنى الإبراء ، وبطلان الثانى ظاهر ولكنه بعيد الإرادة هنا ، فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه ، ويكون المراد به ما إذا كان بمثل العوض الأول بقرينة قوله كالبيع ؛ وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع فى التفصيل المار فيه كما ذكره فى أول البيوع (قوله وكذا النكاح بعد النكاح) فلا يلزمه إلا المهر الأول ، ولا ينفسخ العقد الأول إذ النكاح لا يحتمل الفسخ والمسألة ذات خلاف ؛ فقيل تجب التسمية الثانية ، وقيل كل منهما .

قال فى جامع الفتاوى : تزوج امرأة بألف ثم تزوجها بألفين فالمهر ألفان ، وقيل ألف .

وفى المنية تزوج على مهر معلوم ثم تزوج على آخر تثبت التسميتان فى الأصح حموى (قوله والحوالة بعد الحوالة) أى إذا صدرت حوالة عن شخص فقبلها ، ثم إذا صدرت على شخص آخر فالثانية باطلة لأن الدين ثبت فى ذمة الأول بالحوالة عليه فلا ينتقل بالحوالة الثانية على غيره كما ذكره ط .

واستفيد منه أن المحال عليه فى الثانية غيره فى الأولى ، وبه صرح فى الأشباه بقوله الكفالة بعد الكفالة صحيحة لزيادة التوثق ، بخلاف الحوالة فإنها نقل فلا يجتمعان كما فى التنقيح . قال الحموى : وهذا يخرج المسألة عن كونها من جزئيات القاعدة ، إذ المتبادر من تجديد عقد البيع تجديده بالنسبة إلى البيع الأول بعينه والمشترى الأول بعينه ، وكذا الكلام فى الصلح بعد الصلح والكفالة بعد الكفالة ، ووزانه فى الحوالة اتحاد المحال عليه والمحال به فى الحوالتين معا ، وحينئذ لا ينتهض قوله لأنها نقل فلا يجتمعان ، وينبغى أن تصح الحوالة الثانية وتكون تأكيدا للأولى على طبق الكفالة فتدبر ذلك اه .

وعليه فالمناسب فى تصوير المسألة بأن يقال : بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصا ثم أحال عليه بها شخصا آخر أو كما تقدم ، بأن أحال زيد عمرا بدينه على بكر حوالة صحيحة ثم أحاله بها على بشر لا تصلح الحوالة الثانية لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة ، وحيث فرغت ذمة المحيل فكيف يصح أن يحيل مرة ثانية ، نعم لو تفاسخا الإحالة الأولى صحت الثانية (قوله والصلح بعد الشراء) بعد ما اشترى المصالح عنه .

إلا فى ثلاث مذكورة فى بيوع الأشباه الكفالة والشراء والإجارة فلتراجع .

(أقام) المدعى عليه (بينة بعد الصلح عن إنكار ، إن المدعى قال قبله) قبل الصلح (ليس لى قبل فلان حق فالصلح ماض) على الصحة (ولو قال) المدعى (بعده ما كان لى قبله) قبل المدعى عليه (حق بطل) الصلح بحر

أقول : فيه أنه تكون الدعوى حينئذ فاسدة والصلح بعد الدعوى الفاسدة صحيح تأمل .

وصورتها إذا اشترى شخص دارا مثلا من آخر ثم ادعى المشترى على البائع أن الدار ملكه فصالحه البائع فهذا الصلح باطل لتناقضه ، فإن إقدامه على الشراء منه دليل أنها ملك البائع ثم الدعوى والصلح بعدها يناقضه. قال فى جامع الفصولين : ولو كان الشراء بعد الصلح فالشراء صحيح والصلح باطل اهـ (قوله إلا فى ثلاث مذكورة فى بيوع الأشباه الكفالة) أى لزيادة التوثق ، فلو أخذ منه كفيلا ثم أخذ منه كفيلا آخر صح ولا يبرأ الأول بكفالة الثانى كما فى الخانية (قوله والشراء) أى يصح بعد الشراء ويبطل الأول ، أطلقه فى جامع الفصولين ، وقيده فى القنية بأن يكون الثانى أكثر ثمنا من الأول أو أقل أو بجنس آخر وإلا فلا يصح أشباه .

وفى البحر : وإذا تعدد الإيجاب والقبول انعقد الثانى وانفسخ الأول إن كان الثانى بأزيد من الأول أو أنقص ، وإن كان مثله لم ينفسخ الأول انتهى .

قال فى التاترخانية : قال بعتك عبدى هذا بألف درهم بعتكه بمائة دينار فقال المشترى قبلت ينصرف إلى الإيجاب الثانى ويكون بيعا بمائة دينار ، ولو قال : بعتك هذا العبد بألف درهم وقبل المشترى ثم قال بعته منك بمائة دينار فى المجلس أو فى مجلس آخر وقال المشترى اشتريت ينعقد الثانى وينفسخ الأول ، وكذا لو باعه بجنس الثمن الأول بأقل أو بأكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر فإن باع بعشرة لا ينعقد الثانى ويبقى الأول بحاله اهـ فهذا مثال لتكرار الإيجاب فقط ومثال لتكرار العقد (قوله والإجارة) أى بعد الإجارة من المستأجر الأول فالثانية فسخ للأولى كما فى البزازية . قال فى البحر : وينبغى أن المدة إذا اتحدت فيهما واتحد الأجران لا تصح الثانية كالبيع . وزاد فى الفصولين الشراء بعد الصلح فإنه يجوز ويبطل الصلح (قوله عن إنكار) إنما خصه لأن ما ذكره لا يتأتى عند الإقرار .

قال فى جامع الفصولين : ادعى عليه ثوبا فأنكر ثم برهن أن المدعى أقر قبل الصلح أنه ليس لى لا يقبل ونفذ الصلح والقضاء لا فتداء اليمين ، ولو برهن أنه أقر بعد الصلح أن الثوب لم يكن له بطل الصلح لأن المدعى بإقراره هذا زعم أنه أخذ بدل الصلح بغير حق ، بخلاف إقراره قبل الصلح لجواز أن يملكه بعد إقراره قبل الصلح ذكره الحموى (قوله فالصلح ماض على الصحة) ولا تقبل البينة لا حتمال أنه ثبت له حق بعد هذا الإقرار ، بخلاف المسألة الثانية فإنه إقرار من المدعى أنه مبطل فى دعواه .

وذكر الشرنبلالى فى رسالة الإبراء عن هاشم عن محمد فى توجيه المسألة أنه إنما صالحه على اعتبار أنه فدى يمينه بالصلح والافتداء اليمين بالمال جائز فكان إقدامه على الصلح اعترافا منه بصحة الصلح فبدعواه بعد ذلك أنه لم يصح الصلح صار متناقضا والمناقضة تمنع صحة الدعوى وأفاد تعليل الثانية بنحو ما ذكرنا .

صورة ذلك ادعى ثوبا فأنكر فصالح على شىء ثم أقام البينة أن المدعى قال قبل الصلح أنه لا حق لى فى هذا الثوب لا تقبل بينته ويكون الصلح والقضاء ماضيين لأنه افتدى لليمين حيث وقع عن إنكار فلا ينقض أفاده بعض الفضلاء (قوله بطل الصلح) لأنه بإقراره هذا زعم أنه أخذه بعد الصلح بغير حق ، بخلاف إقراره

قال المصنف وهو مقيد لإطلاق العمادية ، ثم نقل عن دعوى البزازية أنه لو ادعى الملك بجهة أخرى لم يبطل فيحرر .

قبل الصلح لجواز أن يملكه بعد إقراره قبل الصلح .

والحاصل أن عدم قبول بينته فى الأولى لما فيه من التناقض لأن التناقض يمنع قبول البينة لا لإقراره ، بخلاف الثانية لأنه لم يظهر وجه التناقض لأن الصلح ليس اعترافا بالملك كما صرحوا به فإنه يكون عن إقرار وسكوت وإنكار (قوله قال المصنف وهو مقيد لإطلاق العمادية) نصه : وفى العمادية ادعى فأنكر فصالحه ثم ظهر بعده أن لا شىء عليه بطل الصلح اهـ .

أقول : يجب أن يقيد قوله ثم ظهر بغير الإقرار قبل الصلح لما تقدم من مسألة المختصر ، وبه صرح مولانا فى بحره ح . ولا يخفى أن غاية مضى الصلح على الصحة فى مسألة المتن المتقدمة عدم قبول الشهادة لما فيه من التناقض فلم يظهر حينئذ أن لا شىء عليه فلم تشملها عبارة العمادية فافهم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : لكن ليس هذا من التناقض المردود لأنه يدعى أمرا كان خفيا عليه وهو إقرار المدعى بعدم حقه فى المدعى قبل الصلح ، ولو كانت العلة ما ذكره لما صحت فى الثانية أيضا لأنه متناقض فيهما بعد إقدامه على الصلح . والعلة الصحيحة فى ذلك أنه إن ثبت أنه قال ذلك قبل الصلح لا يكون مانعا من صحة الصلح لاحتمال حصول حق له بعد ذلك قبل الصلح ، وفى الثانية لا يحتمل .

قال فى الخلاصة من آخر الدعوى : لو استعار من آخر دابة فهلكت فأنكر رب الدابة الإعارة فصالحه المستعير على مال جاز ، فلو أقام المستعير بينة بعد ذلك على العارية قبلت بينته وبطل الصلح اهـ أى لظهور أن لا شىء والله أعلم .

وفى البزازية أيضا ما يفيد أن المراد بالظهور لا من طريق إقامة المصالح البينة أنها لا تقبل لما فيه من التناقض. ونص عبارته فى كتاب الدعوى من نوع فى الصلح :

وفى المنتقى : ادعى ثوبا أو صالح ، ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعى أنه لا حق له فيه إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح ، وإن بعد الصلح يبطل الصلح ، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح ، وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح ، هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال لا حق لى بجهة الميراث ثم قال إنه ميراث لى عن أبى ، فأما غيره إذا ادعى ملكا لا بجهة الإرث ، بعد الإقرار بعدم الحق بطريق الإرث ، بأن قال حق بالشراء أو بالهبة لا يبطل اهـ (قوله ثم نقل) أى المصنف (قوله عن دعوى البزازية) عبارتها عن المنتقى : ادعى ثوبا وصالح ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعى أنه لا حق له فيه ، إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح ، وإن بعد الصلح يبطل ، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح ، وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح ، هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال إنه ميراث لى عن أبى ثم قال لا حق لى من هذه الجهة ، فأما إذا ادعى ملكا لا بجهة الإرث بعد الاقرار بعدم الحق بطريق الإرث بأن قال حق بالشراء أو بالهبة لا يبطل اهـ . فظهر أن مراده أنه لو قال بعد الصلح لا حق لى قبل المدعى إنما يبطل الصلح إذا أطلق . أما إذا عين ، بأن قال لا حق لى من جهة الإرث مثلا فقيل له قد بطل الصلح فقال إنه حق بجهة الشراء مثلا بقى الصلح صحيحا على حاله وأن علم الحاكم غير معتبر الآن على المفتى به (قوله فيحرر) ما نقله عن البزازية .

أقول : لا يحتاج إلى تحرير لأن ما ذكره البزازى من قوله هذا إذا اتحد الإقرار تقييد لعدم صحة الصلح

(والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا) والفاسدة ما يمكن تصحيحها بحر .
وحرر الأشباه أن الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسد إلا فى دعوى بمجهول فجائز

إذا أقر المدعى ولا إشكال فيه ، ولعله أراد تحرير ما قاله المصنف من تقييد ما فى العمادية فإنه غير ظاهر كما علمت ، والله تعالى أعلم .

[فرع] ذكر المصنف عن آخر الدعوى من الخلاصة : لو ادعى أنه استعار دابة فلان وهلكت عنده فأنكر المالك الإعارة وأراد التضمين فصالحه مدعى العارية على مال ثم أقام بينة على العارية قبلت بينته وبطل الصلح (قوله عن الدعوى الفاسدة) كدعوى وقع فيها تناقض (قوله وعن الباطلة) كدعوى خمر وخنزير من مسلم (قوله والفاسدة ما يمكن تصحيحها) بالتوفيق فى التناقض مثلا أى والباطلة مالا يمكن تصحيحها : كما لو ادعى أنها أمته فقالت أنا حرة الأصل فصالحها عنه فهو جائز ، وإن أقامت بينة على أنها حرة الأصل بطل الصلح إذ لا يمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حرية الأصل .

ومثال الدعوى التى يمكن تصحيحها لو أقامت بينة أنها كانت أمة فلان أعتقها عام أول وهو يملكها بعد ما ادعى شخص أنها أمته أى وصالحها لا يبطل الصلح ، لأنه يمكن تصحيح دعوى المدعى وقت الصلح بأن يقول إن فلانا الذى أعتقك كان غصبك منى ، حتى لو أقام بينة على هذه الدعوى تسمع منى ، وقوله هنا وهو يملكها جملة حالية ط .

أقول : وشهادة الشهود أنه أعتقها وهو يملكها لاتنافى ذلك لأن لهم أن يشهدوا بالملك له بظاهر اليد تأمل ، ومن الباطلة الصلح عن دعوى حد وعن دعوى أجرة نائحة أو مغنية أو تصوير محرم اه . وعلم أن قوله قالت أنا حرة الأصل أى وبرهنت عليه بدليل ما قال بعد ظهور حرية الأصل ، فإن الظهور بالبينة وبدليل ما قال فى مقابلتها لو أقامت بينة أنها كانت الخ ، وقول صاحب الأشباه وهو توفيق واجب .

قال محشيه فى شرح الوقاية لصدر الشريعة : ومن المسائل المهمة أنه هل يشترط لصحة الصلح صحة الدعوى أم لا فبعض الناس يقولون يشترط ، ولكن هذا غير صحيح لأنه إذا ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شىء يصح الصلح على مامر فى باب الحقوق والاستحقاق ، ولا شك أن دعوى الحق المجهول دعوى غير صحيحة وفى الذخيرة ألحق مسائل تؤيد ما قلناه .

قال الشيخ محمد فى معين المفتى إذا علمت .هذا علمت أن الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح وعليه فلا يحتاج إلى التوفيق اه .

أقول : إنما صح الصلح فى المسئلة التى استند إليها صدر الشريعة لأن الدعوى فيها يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح . على أن دعوى أن الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى مطلقا سواء أمكن تصحيح الدعوى أم لا ممنوع لما فى الفتاوى البزازية : والذى استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لايصح . والذى يمكن تصحيحها كما إذا ترك ذكر الحد أو غلط فى أحد الحدود يصح .

وفى مجمع الفتاوى : سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن الصلح عن الإنكار بعد دعوى فاسدة هل هو صحيح أم لا قال : لا ولابد أن تكون صحيحة اه . وقد ذكر بما ذكرنا أن قوله فلا يحتاج إلى التوفيق من عدم التوفيق ذكره الحموى — وحينئذ فلا بد من التوفيق فليحرر (قوله وحرر فى الأشباه) هذا التحرير غير محرر .ورده الرملى وغيره بما فى البزازية .

فليحفظ (وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا) فيصح الصلح مع بطلان الدعوى كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب ، وأقره ابن الكمال وغيره فى باب الاستحقاق كما مر فراجعه .

(وصح الصلح عن دعوى حق الشرب

والذى استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى الخ وهذا ما ذكره المصنف ، وقد علمت أنه الذى اعتمده صدر الشريعة وغيره فكان عليه المعول (قوله فليحفظ) أقول : عبارة الأشباه الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسد كما فى القنية ، ولكن فى الهداية فى مسائل شتى من القضاء أن الصلح عن إنكار جائز بعد دعوى مجهول فليحفظ ، ويحمل على فسادها بسبب مناقضة المدعى لا لترك شرط المدعى كما ذكره وهو توفيق واجب فيقال إلا فى كذا ، والله تعالى أعلم اه .قال الحموى : وعليه لا يظهر لهذا الحمل فائدة ، لأن صاحب الهداية صرح بجواز الصلح فيها سواء كان فسادها بسبب المناقضة أو لترك شرط الدعوى ، فإذا صح الصلح مع فسادها بأى سبب كان خالف ما فى القنية فتأمل . قال الرملى وغيره : ما حرره فى الأشباه غير محرر كما علمته آنفا (قوله وقيل اشتراط صحة الدعوى) تطويل من غير فائدة ،فلو قال وقيل يصح مطلقا لكان أوضح ، وقد علمت المفتى به (قوله كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب) قد علمت ما فيه من النظر وقد علمت عبارته وأن المتبادر أنه أراد الفاسدة بدليل التمثيل لأنه يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول الخ

قال الرملى فى حاشيته على المنح بعد نقل عبارته أقول : هذا لا يوجب كون الدعوى الباطلة كالفاسدة إذ لا وجه لصحة الصلح عنها ؛ كالصلح عن دعوى حد أو ربا وحلوان الكاهن وأجرة النائحة والمغنية ، ودعوى الضمان على الراعى الخاص أو المشترك إذا قال أكلها السبع أو سرقت فصالحه رب الغنم على دراهم معلومة لا يجوز على قول أبى حنيفة كما فى الخانية ، فقول المصنف المتقدم فى كتابه معين المفتى كما قدمناه قريبا : الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح فيه نظر ، لأنه إن أراد بعدم الصحة ما يشمل الباطل فهو باطل ، وإن أراد به الفاسد فقد قدمه فتأمل اه .

وكذا ذكر فى حاشيته على الفصولين نقلا عن المصنف بعد ذكر عبارة صدر الشريعة قال ما نصه : فقد أفاد أن القول باشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح ضعيف اه (قوله كما مر فراجعه) أى فى باب الاستحقاق عند قوله ولا رجوع فى دعوى حق مجهول من دار صولح على شىء معين واستحق بعضها لجواز دعواه فيما بقى واو استحق كلها رد كل العوض لدخول المدعى فى المستحق .

واستفيد منه أى من جواب المسئلة أمران :

أحدهما : صحة الصلح عن مجهول على معلوم ، لأن جهالة الساقط لا تفضى إلى المنازعة .

والثانى : عدم اشتراط صحة الدعوى لصحته لجهالة المدعى به ، حتى او برهن لم يقبل مالم يدع إقراره به اهـ .

والحاصل أن ما استدل به صدر الشريعة من أنه إذا ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شىء يصح الصلح لا يفيد الإطلاق ، بل إنما صح الصلح فيه ، لأن الدعوى يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح ، ومع هذا فقد علمت المفتى به مما استقر عليه فتوى أئمة خوارزم من أن الصلح إذا كان عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لا يصح ، وإن أمكن تصحيحها يصح ، هذا غاية ما حققه المحشون فاغتنمه (قوله وصح الصلح عن دعوى حق الشرب) والشرب وهو نصيب الماء ، وكذا مرور الماء فى أرض على ما يظهر ط أى فتسقط الدعوى ، ولا يلزم من صحة الصلح لزوم البدل ، لما تقدم من أن الصلح عن الشفعة يسقطها ولا يوجب البدل

وحق الشفعة وحق وضع الجذوع على الأصح) الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص فى أى حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز حتى فى دعوى التعزير مجتبى ، بخلاف دعوى حد ونسب درر.

وكذلك عن دعوى حق الشرب ووضع جذوع فإنه دعوى حق لايجوز الاعتياض عنه إذ لا يجوز بيع الشرب ولا بيع حق وضع الجذوع (قوله وحق الشفعة) معطوف على حق الشرب أى يجوز الصلح عن دعوى حق الشفعة لدفع اليمين . أما الصلح عن حق الشفعة الثابت فلا يجوز ، لما مر أنه غير مال فلا يجوز الاعتياض عنه (قوله وحق وضع الجذوع على الأصح) لما علمت من أنه يجوز الصلح عما ذكر فى حق سقوط الدعوى ، ولا يلزم من صحة الصلح لزوم البدل ، لما مر أن الصلح عن الشفعة إلى آخر ما قدمناه قريبا .

قال الزيلعى : ولو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شىء كان الصلح باطلا ، لأن الحق فى طريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد ، وبخلاف ما إذا صالح الإمام عنه على مال حيث يجوز لأن للإمام ولاية عامة : وله أن يتصرف فى مصالحهم ، فإذا رأى فى ذلك مصلحة ينفذ لأن الاعتياض من المشترك العام جائز من الإمام ، ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح بيعه ، وبخلاف ما إذا كان ذلك فى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز فى حقه ، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر فى حق الأفراد ، والصلح معه مفيد لأنه يسقط به حقه ثم يتوصل إلى تحصيل رضا الباقين فيجوز اهـ (قوله فى أى حق كان) ولو كان مما لايقبل الاعتياض عنه (قوله حتى فى دعوى التعزير) بأن ادعى أنه كفره أو ضلله أو رماه بسوء ونحوه حتى توجهت عليه اليمين فافتداها بدراهم فإنه يجوز على الأصح منح ، وهذا يدل على أنه يستحلف فى دعوى التعزير (قوله مجتبى) قال فيه بعد أن رمز سنج صالح عن دعوى حق الشرب وحق الشفعة أو حق وضع الجذوع ونحوه ، فقيل لايجوز افتداء اليمين لأنه لايجوز شراؤه قصدا والأصح أنه يجوز لأن الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص بأى حق كان فافتدى اليمين بدراهم يجوز على الأصح .

قلت : وهذا يدل على أنه يستحلف فى دعوى التعزير . قال : وكذلك إن صالحه من يمينه على عشرة أو من دعواه فهو كله جائز اهـ وهذا مناف لما قدمه أول الباب من أن شرط صحة الصلح كون المصالح عليه حقا يجوز الاعتياض عنه ، وما فى المجتبى أعم منه كما ترى ، ولعل التوفيق أن يقال إنه جائز فى حق المدعى عليه لدفع الخصومة عنه لا فى حق المدعى إذا كان حقا لايجوز الاعتياض عنه ، لأن ما يأخذه عوض عن حقه فى زعمه فلابد من إمكان الاعتياض عن حقه ، ولعله فى المجتبى يفرق بين الصلح عن الشفعة وعن دعوى الشفعة فلايصح فى الأول كما أطبقوا عليه من عدم لزوم البدل ووجوب رده بعد أخذه ويصح فى الثانى فليحرر (قوله بخلاف دعوى حد) أى لايصح الصلح عنها ، لما عرفت أن الصلح لايجوز فى حق الله تعالى ولو حد قذف ، ولا عن الإبراء منه منح .

قال فى الفوائد الزينية : لا يصح الصلح عن الحدود ، ولا يسقط به إلا حد القذف إلا إذا كان قبل المرافعة كما فى الخانية (قوله ونسب) كما إذا ادعت أن هذا ولده منها فصالحها لترك دعواها فالصلح باطل لأن الصلح إما إسقاط أو معاوضة والنسب لايحتملهما درر ، وأطلقه فشمل ما لو كانت الدعوى من المطلقة أنه ابن المطلق منها أو الدعوى من الابن أنه ابنه منها وجحد الرجل فصالح عن النسب على شىء فالصلح باطل فى كلتا الصورتين لما سبق أن النسب لا يقبل الاعتياض مطلقا ، وعليه إطلاق المصنف فى الدعوى وفى عدم احتمال النسب المعاوضة

(الصلح إن كان بمعنى المعاوضة بأن كان دينا بعين (ينتقض بنقضهما) أى بفسخ المتصالحين (وإن كان لابمعناها) أى المفاوضة بل بمعنى استيفاء البعض وإسقاط البعض (فلا) تصح إقالته ولا نقضه لأن الساقط لايعود قنية وصيرفية فليحفظ .

(ولو صالح عن دعوى دار على سكنى بيت منها أبدا أو صالح على دراهم إلى الحصاد أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك لم يصح الصلح) فى الصور الثلاث سراجية .

هذا ، فظهر أن من أراد التخصيص بالصورة الأولى لم يصب كما لايخفى (قوله بأن كان دينا بعين) أى بدل الصلح دينا والمصالح عليه عينا أو عكسه فالباء للمقابلة والعوض ، وكذا بدين من غير جنسه كالدراهم عن الدنانير وعكسه كان ذلك معاوضة إن كان بإقرار ، وكذا بإنكار وسكوت فى حق المدعى ، والمعاوضة تصح الإقالة فيها فلذا ينتقض بنقضهما : أى لو فسخ ذلك الصلح المتصالحان انفسخ لجواز الإقالة فيه كما تقدم أول الكتاب ، وفى نسخة بدين عوضا عن قوله بعين ، ومثله فيما يظهر العين بالعين (قوله ينتقض بنقضهما) أى بفسخ المتصالحين أى لو فسخ ذلك فسخ ذلك الصلح المتصالحان انفسخ لجواز الإقالة فيه (قوله بل بمعنى الخ) وذلك الصلح عن الدين ببعضه فإنه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى فلا ينتقض بنقضهما لأنه قد سقط والساقط لايعود (قوله قنية وصيرفية) الأولى الاختصار على العزو إلى القنية ، لأنه فى الصيرفية نقل الخلاف فى الصحة وعدمها مطلقا . وأما فى القنية فقد حكى القولين ثم وفق بينهما بما هنا بحثا منه ، فقال الصواب أن الصلح إن كان الخ .

وحاصله أن الصلح إن كان بمعنى المعاوضة ينتقض بنقضهما ، وإن كان بمعنى استيفاء البعض وإسقاط البعض لاينتقض بنقضهما .

أقول : والذى يظهر لى أن الصلح : إن تحصل من فسخه ثمرة وجدت البينة أو توسم الإقرار أو النكول يصح ، وقوله الساقط لايعود لايرد علينا لأن الساقط فى هذا الباب إنما هو قضاء لا ديانة ، فهو فى الحقيقة باق غير ساقط وإن لم تظهر ثمرة من الفسخ يفتى برواية عدم الصحة (قوله ولو صالح) العلة فيه ما تقدم فيما لو صالحه على بيت منها ، وقد تقدم أن فيها يصح الصلح ويجعل إبراء عن دعوى الباقى فى ظاهر الرواية فينبغى أن يكون هنا كذلك قاله الرحمتى ، لكن قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قيد بالسكنى لأنه لو صالحه على بيت منها كان وجد عدم الصحة كونه جزءا من المدعى بناء على خلاف ظاهر الرواية الذى مشى عليه فى المتن سابقا ، وقيد بقوله أبدا ومثله حتى يموت كما فى الخانية لأنه لو بين المدة يصح لأنه صلح على منفعة فهو فى حكم الإجارة فلا بد من التوقيت كما مر ، وقد اشتبه الأمر على بعض المحشين اه (قوله إلى الحصاد) لأنه أجل مجهول فيؤدى إلى المنازعة ولأنه بيع معنى فيفسده جهالة الأجل (قوله أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك) أى الدعوى من المودع لم يصح الصلح فى الصور الثلاثة :

أما الأولى : فلأنه صلح عن بعض ما يدعيه وقد تقدم أنه باطل .

وأما الثانية : فلأن الصلح بيع معنى كما ذكرنا . وهاتان المسئلتان من مسائل السراجية التى نقلها عنها صاحب المنية .

وأما الثالثة : فعلى أربعة أوجه :

الأول : ادعى صاحب المال الإيداع وجحد المودع ثم صالحه على شىء معلوم جاز الصلح فى قولهم لأن الصلح يبنى جوازه على زعم المدعى وفى زعمه أنه صار غاصبا بالجحود فيجوز الصلح معه .

قيد بعدم دعوى الهلاك لأنه لو ادعاه وصالحه قبل اليمين صح به يفتى خانية .

(ويصح) الصلح (بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع) بإقامة البينة ، ولو برهن المدعى

الثانى : إذا ادعى صاحب المال الوديعة وطالبه بالرد فأقر المستودع بالوديعة وسكت ولم يقل شيئا وصاحب المال يدعى عليه الاستهلاك ثم صالحه على شيء معلوم جاز الصلح فى قولهم أيضا .

الثالث: ادعى الاستهلاك والآخر الرد أو الهلاك ثم صالحه جاز فى قول محمد وأبى يوسف الأول وعليه الفتوى . وأجمعوا على أنه لو صالح بعد حلف المستودع أنه رد أو هلك لا يجوز .

الرابع : إذا ادعى المودع الرد أو الهلاك وصاحب المال لا يصدقه فى ذلك ولا يكذبه بل سكت ذكر الكرخى أنه لا يجوز هذا الصلح فى قول أبى يوسف الأول ، ويجوز فى قول محمد . ولو ادعى صاحب المال الاستهلاك والمودع لم يصدقه فى ذلك ولم يكذبه فصالحه على شيء ذكرنا أنه يجوز هذا الصلح فى قولهم اه كما فى المنح ، فقد ظهر من هذا أن الصلح بغير دعوى الهلاك يصح كما سمعته ولم يذكر فيما إذا أقر بالوديعة وصالحه عليها ، والذى يقتضيه الفقه جوازه لأنه صلح عن مال بمال بإقرار تأمل (قوله قيد بعدم دعوى الهلاك) صادق بسكوته وبدعواه الرد، وقد تقدم أنه يصح الصلح فيهما (قوله لأنه لو ادعاه) أى الهلاك والمالك يدعى أنه استهلكه (قوله وصالحه قبل اليمين) أما لو صالحه بعد حلف المستودع أنه هلك أو رد لا يجوز الصلح إجماعا . وفيه أن ذلك داخل فى مسألة المصنف المذكورة بعد وفيها خلاف كما ذكره المصنف (قوله خانية) هذا ما نقله فى المنح عنها لكن سقط من عبارته شيء اختل به المعنى فإنه قال فى الوجه الثالث جاز الصلح فى قول محمد وأبى يوسف الأول وعليه الفتوى :

والذى رأيته فى الخانية أن الفتوى على عدم الجواز .

وبقى خامسة ذكرها المقدسى ، وهى ادعى ربها الاستهلاك فسكت فصلحه جائز لكن هذا هو الثانى فى الخانية .

ثم اعلم أن كلام الماتن والشارح غير محرر لأن قوله بغير دعوى الهلاك شامل للجحود والسكوت ودعوى الرد هو الوجه الأول والثانى وأحد شقى الثالث والرابع ، وقد علمت أنه فى الأول والثانى جائز اتفاقا وكذا فى أحد شقى الثالث والرابع على الراجح . والصواب أن يقول بعد دعوى الرد أو الهلاك بإسقاط غير والتعبير ببعد وزيادة الرد فيدخل فيه الوجه الثالث بناء على المفتى به . الوجه الرابع بناء على قول أبى يوسف وهو المعتمد لتقديم صاحب الخانية إياه كما هو عادته ، وقوله لأنه لو ادعاه أى الهلاك شامل لما إذا ادعى المالك الاستهلاك وهو أحد شقى الوجه الثالث أو سكت وهو أحد شقى الرابع وعلمت ترجيح الجواز فيهما ، فقوله صح به يفتى فى غير محله ، وقوله وصالحه قبل اليمين هذا وارد على إطلاق المتن أيضا ، ورأيت عبارة الأشباه نحو ماذكرنا. ونصها : الصلح عقد يرفع النزاع ولا يصح مع المودع بعد دعوى الهلاك إذ لا نزاع . ثم رأيت عبارة متن المجمع مثل ما قلته . ونصها : وجاز صلح الأجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد، ولله الحمد ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله ويصح الصلح الخ) أى لو ادعى مالا فأنكر وحلف ثم ادعاه عند قاض آخر فأنكر فصولح صح ولا ارتباط لهذه بمسألة الوديعة (قوله دفعا للنزاع) علة لقوله يصح ، وقوله بإقامة البينة متعلق بالنزاع يعنى أن الصلح عن الإنكار يكون افتداء لليمين وقطعا للنزاع وبعد الحلف يصح للاحتياج إلى قطع النزاع ، فإن المدعى يمكنه بعد اليمين أن يأتى بالبينة فلم يكن اليمين قاطعا للنزاع بل القاطع له الصلح ،

بعده على أصل الدعوى لم تقبل إلا فى الوصى عن مال اليتيم على إنكار إذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فإنها تقبل ولو بلغ الصبى فأقامها تقبل ، ولو طلب يمينه لايحلف أشباه (وقيل لا) جزم بالأول فى الأشباه ، وبالثانى فى السراجية ، وحكاهما فى القنية مقدما للأول .

(طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقرارا) بالدعوى عند المتقدمين ، وخالفهم المتأخرون ،

ولذا قال ولو برهن المدعى بعده على أصل الدعوى لم تقبل لأن بالصلح قد أبرأه عن الدعوى فسقط توجهها عليه والساقط لا يعود (قوله بعده) أى بعد الصلح أى وإن لم يكن هناك حلف (قوله إلا فى الوصى) ومثله الأب (قوله عن مال اليتيم) أى إذا صالح عن مال اليتيم ، وقوله إذا صالح على بعضه بدل من هذا المقدر ط . ويمكن أن تكون عن بمعنى فى : أى فى ماله إذا صالح عن إنكار على بعضه ، فعن بمعنى فى ، وقوله على إنكار على بمعنى عن متعلق بصالح أى ولم يكن هناك بينة . أما إذا كان الخصم مقرا بدين اليتيم أو كان عليه بينة فالذى يؤخذ من المفهوم أنه لايجوز الصلح على البعض لعدم المصلحة لليتيم وصرح بذلك فى أدب الأوصياء (قوله فإنها تقبل) لأنه إنما يتصرف له بحسب المصلحة فيجوز صلحه عند عدم البينة فإذا وجدت البينة تبين أن لا مصلحة فى هذا الصلح وأنه باطل فتقبل البينة ، وصرح فى البزازية بأن البينة لو موجودة عند الصلح وفيه غبن لايصح الصلح اه وهو مستفاد أيضا من كلام الشارح (قوله ولو بلغ الصبى فأقامها تقبل) يعنى إذا ادعى وصى أو أب على رجل ألفا لليتيم ولا بينة له وصالح بخمسمائة عن ألف عن إنكار ثم وجد بينة عادلة فله أن يقيمها على الألف سواء فى ذلك الأب أو الوصى أو اليتيم بعد بلوغه .

قال فى القنية : وفائدة قوله فى الكتاب إذا لم يكن للأب أو الوصى بينة على ما يدعى للصبى فصالح بأقل منه يجوز أن تمتنع دعواهما الحال ودعوى الصبى بعد البلوغ فى حق الاستحلاف فليس لهم أن يحلفوه وإنما لهم إقامة البينة كما فى حاشية الأشباه (قوله ولو طلب) بالبناء للمجهول أى لو طلب الوصى بعد الصلح يمين المدعى عليه أو طلبه اليتيم بعد بلوغه كما فى حواشى الأشباه (قوله وقيل لا) أى لايصح الصلح بعد حلف المدعى عليه لأن اليمين بدل عن المدعى فإذا حلف فقد استوفى البدل فلا يصح ، وقدمناه عن القنية قريبا (قوله جزم بالأول فى الأشباه) هو رواية محمد عن الإمام (قوله وبالثانى فى السراجية) وهو قولهما ، وهو الصحيح كما فى معين المفتى ، وكذا جزم به فى البحر . قال الحموى : وما مشى عليه فى الأشباه رواية محمد عن أبى حنيفة، وما مشى عليه فى البحر قولهما وهو الصحيح انتهى ، وجعله نظير الصلح مع المودع بعد دعوى الاستهلاك أى فإنه لايصح . قال المصنف فى منحه : وبالأول جزم ابن نجيم فى الفوائد الزينية ولم يعزه إلى كتاب معروف . وقيل لايصح ذكره صاحب السراجية ولم يحك به خلافا انتهى ، إنما ذكر الخلاف فى القنية كما يأتى بعده قريبا (قوله وحكاهما فى القنية) فقال : ادعى عليه مالا فأنكر وحلف ثم ادعاه عند آخر فأنكر فصولح لايصح ، وقيل يصح وروى عن الإمام . ووجه القول بعدم الصحة أن اليمين بدل المدعى فإذا حلفه فقد استوفى البدل فلا يصح انتهى (قوله مقدما للأول) صوابه للثانى على ما نقله الحموى وعلى ما سمعت من عبارته (قوله طلب الصلح والإبراء) الواو هنا وفيما يأتى بمعنى أو ، ومثلهما طلب تأخير الدعوى كما فى الخلاصة (قوله لا يكون إقرارا بالدعوى) أى بالمدعى به كذا فى البزازية فى بحث الاستثناء من كتاب الإقرار .

وفى الخلاصة : لو قال أخرها عنى أو صالحنى فإقرار ، ولو قال أبرئنى عن هذه الدعوى أو صالحنى عن هذه الدعوى لا يكون إقرارا ، وكذا فى دعوى الدار انتهى .

والأول أصح بزازية (بخلاف طلب الصلح) عن المال (والإبراء عن المال فإنه) إقرار أشباه .
(صالح عن عيب) أو دين وظهر عدمه (أو زوال) العيب (بطل الصلح) ويرد ما أخذه أشباه درر .

فصل فى دعوى الدين

وفى البزازية : إذا صالحه من حقه فقد أقر بالحق ، والقول فى بيان الحق له لأنه المجمل ، وإن صالحه من دعوى الحق لم يكن إقرارا انتهى .

ووجهه أن الصلح عن الدعوى أو الإبراء عنها المقصود منه قطع النزاع فلايفيد ثبوت الحق ، بخلاف طلب الصلح أو الإبراء عن الحق فإنه يقتضى ثبوته ، وحينئذ يلزمه المدعى به (قوله والأول أصح بزازية) قال الشيخ أبو الطيب : عزو الشارح إلى البزازية فيه ما فيه ، لأن هذه المسألة بتمامها ليست فيها وإنما فيها دعوى البراءة الخ . وأماما فى الصرفية فهو الموافق لما فى المتن ، وليس من عادة البزازية أن تنقل عن الصيرفية فليتأمل اه (قوله عن عيب) أىّ عيب كان بياضا فى العين أو حبلا أو تزوجا (قوله وظهر عدمه) أى العيب أو الدين ، بأن ظهر أن لا دين عليه أصلا ، أو أنه على غيره .

وعبارة الغرر كهذا المتن : صالح عن عيب فظهر عدمه أو زال بطل الصلح ، فلو قال الشارح بعد قوله فظهر عدمه أو عن دين فظهر كذلك كان أوضح لأن عبارته هذه ظاهرة فى أن ضمير عدمه للدين وضمير زال للعيب والحال أنهما للعيب .

وصورة العيب على ما فى الدرر عن العمادية : ادعى عيبافى جارية اشتراها فأنكر البائع فاصطلحا على مال على أن يبرئ المشترى البائع من ذلك العيب ثم ظهر أنه لم يكن بها عيب أوكان ولكنه قد زال فللبائع أن يسترد بدل الصلح اه .

وقال فى المنح عن السراجية : اشترى حيوانا فوجد بعينه بياضا فصالحه منه على دراهم ثم ذهب البياض بطل الصلح اه .

وفى البدائع : ولو صالحه من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا فى عين العبد فانجلى بطل الصلح اه . قاله أبو الطيب .

أقول : وفى المنح فروع نفيسة فراجعها إن شئت (قوله أو زال العيب الخ) عزاه فى الدرر إلى العمادية لـكن فى منية المفتى ما يناقضه . وعبارتها : اشترى حيوانا فوجد فى عينه بياضا فصالحه على دراهم ثم ذهب البياض يصح الصلح اه لـكن ما نقله الشارح ذكره من نقلنا عنهم كما سمعت .

وذكره مؤيد زاده عن الخزانة ونصها : ادعى المشترى العيب وأنـكر البائع فاصطلحا على أن يرد البائع شيئا من الثمن ثم يبين أنه لم يكن بالمبيع عيب كان على البائع أن يسترد ما أدى ، كما لوكان العيب متحققا ثم زال بعد الصلح .

وعلى هذا لو ادعى على إنسان حقا أو مالا ثم صالحه على مال فتبين أنه لم يكن عليه ذلك المال أو ذلك الحق أى إن لم يكن ثابتا كان للمدعى عليه حق استرداد كل المال اه ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

فصل فى دعوى الدين

وهو الذى يثبت فى الذمة عينى . والأولى أن يقول : فصل فى الصلح عن دعوى الدين ويقال مثله فى العبارة الآتية للمصنف .

(الصلح الواقع على بعض جنس ماله عليه) من دين أو غصب (أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لامعاوضة) للربا ، وحينئذ (فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن ألف حال على مائة حالة أو على ألف مؤجل وعن

قال الحموى : لما ذكر الصلح مطلقا فى عموم الدعاوى ذكر الصلح فى الدين لأنه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق اه لأن ما ذكره فى هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبدا يكون بعد العموم ، والأصل أنه متى كان المصالح عليه أدون من حقه قدرا ووصفا أو فى أحدهما فهو إسقاط للبعض وأخذ للباق ، وإن كان أزيد منه بأن دخل فيه مالم يستحق من وصف أو ما هو فى معناه كتعجيل مؤجل فمعاوضة (قوله الصلح الواقع الخ) أطلق الصلح ولكن المراد كونه على أقل مما عليه من الدين كما هو ظاهر العادة ، فتخرج منه صورة التساوى إذ هى استيفاء وقبض عين حقه ، وصورة كون المصالح عليه زيادة من الدين فيكون ربا وحراما وكلاهما ليسا بصلح ، وأشار بالصلح إلى أنه لو باع ما فى ذمته من الألف بخمسمائة مثلا لم يجز صرح به فى الظهيرية وسيأتى تمامه (قوله من دين) يشمل بدل القرض وثمن المبيع وضمان المتلف وبدل المغصوب وكل ما لزم فى الذمة وقيد فى البعض ليفيد أنه لايجوز على الأكثر ، وأنه يشترط معرفة قدره ، لكن قال فى غاية البيان عن شرح الكافى : ولو كان لرجل على رجل دراهم لايعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز لأن جهالة المصالح عنه لا تمنع مع صحة الصلح ، وإن صالحه على دراهم فهو فاسد فى القياس لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه ، ولكنى أستحسن أن أجيزه لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه لأن مبنى الصلح على الحط والإغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشىء دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقل مما عليه وإن كان لا يعرفان قدر ما عليه فى نفسه اه .

أقول : لكن فى قوله أستحسن أن أجيزه الخ شبهة الربا كما علمت وهى محرمة أيضا ، فالظاهر اعتماد ما فى الشرح تأمل (قوله أو غصب) أى غصب قيمى أو مثلى أو غصب منه أحد النقدين وهو باق فى يده معترفا ببقائه فصالحه على بعض مقدار من جنسه (قوله أخذ) خبر مبتدإ (قوله وحط لباقيه) لأن تصرف العاقل البالغ يصح ما أمكن ، ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيه من الربا ، وقد أمكن الإسقاط فيحمل عليه فلو قال المدعى للمدعى عليه المنكر صالحتك على مائة من ألف عليك كان أخذا للمائة وإبراء عن تسعمائة وهذا قضاء لا ديانة إلا إذا زاد أبرأتك قهستانى ، وقدمنا مثله معزيا للخانية (قوله للربا) أى لايجعل معاوضة لما يلزم عليه من الربا ولا يصح ، وتصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن كما ذكرنا فيجعل حطا (قوله وحينئذ) أى حين إذ كان ما ذكر أخذ البعض الحق وإسقاطا لباقيه لا معاوضة (قوله فصح الصلح) أى عن ألف على مائة ، أطلق الصلح فشمل كون المدعى عليه مقرا أو منكرا أو ساكتا ، والمراد بالألف ثمن مبيع كما هو مقتضى عقد المداينة ، وقيد بالألف والمائة بكونهما حالتين احترازا عما إذا كانت الألف مؤجلة والمائة حالة كما سيذكره بعد ، وسنذكر أن هذا فيما إذا شرط ذلك (قوله بلا اشتراط قبض بدله) أى الصورى وهو ما وقع عليه الصلح وإلا فليس هناك بدل بل هو أخذ لبعض الحق ، وهذا إنما يظهر فى غير المغصوب ، أما هو مع الاعتراف ببقائه فليس مادفعه عين حقه إلا أن يجعل عينه حكما ، وذلك إنما هو فى العقود والفسوخ لافى الغصب فليحرر ، ولعله أراد بالغصب بدله بعد هلاكه (قوله على مائة حالة) ويكون الصلح إسقاطا لبعض الحق فقط (قوله أو على ألف مؤجل) ويحمل على إسقاط وصف الحلول (قوله عن ألف جياد على مائة زيوف) هذا شامل لما إذا كان بدل الصلح مؤجلا أو حالا لأنه يصح كما ذكره بخلاف ما إذا كان له ألف زيوف وصالحه

ألف جياد على مائة زيوف ، ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة) لعدم الجنس فكان صرفا فلم يجز نسيئة (أو عن ألف مؤجل على نصفه حالا) إلا فى صلح المولى مكاتبه فيجوز زيلعى (أو عن ألف سود على نصفه بيضا) والأصل

على خمسمائة جياد حيث لايجوز لعدم استحقاق الجياد فيكون معاوضة ضرورة كما فى التبيين ، وحينئذ فيكون قد أسقط حقه فى الكم والكيف فأسقط من الكم تسعمائة ومن الكيف صفة الجودة ، وكذا لو كانت المائة مؤجلة يصح أيضا لأنه قد أسقط فيها أيضا وصف الحلول ، وإنما جاز هذا لأن من استحق الجياد استحق الزيوف ، وهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ، ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لأن المبادلة برأس مال السلم وبدل الصرف لا تجوز بخلاف ما إذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لايجوز لعدم استحقاق الجياد فيكون معاوضة ضرورة أى لأنه لا يمكن حمله على أنه استوفى بعض حقه ، وأسقط الباقى لأنه لا يستحق الجياد فلا يجوز التفاضل فيها لأن جيدها ورديئها سواء كما فى الشرنبلالية (قوله لعدم الجنس) فكان معاوضة ، ولو كان من الجنس لكان أخذ البعض الحق فيجوز مؤجلا (قوله فكان صرفا) أى بدلا عنه ، والاستبدال بالأثمان بعضها عن بعض صرف فيشترط فيه التقابض (قوله فلم يجز نسيئة) أى ولا حالا بدون القبض لاشتراطه فى الصرف كما علم فى بابه (قوله أو عن ألف مؤجل على نصفه حالا) لأن المعجل غير مستحق بعقد المداينة إذ المستحق به هو المؤجل والمعجل خير منه ، فقد وقع الصلح على مالم يكن مستحقا بعقد المداينة فصار معاوضة والأجل كان حق المديون وقد تركه بإزاء ماحطه عنه من الدين فكان اعتياضا عن الأجل وهو حرام ، ألا يرى أن ربا النسيئة حرم لشبهة مبادلة المال بالأجل فلأن يحرم حقيقة أولى اهـ درر (قوله إلا فى صلح المولى مكاتبه) يعنى إذا صالح المولى مكاتبه على ألف مؤجلة على خمسمائة حالة فإنه يجوز لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب إليه فى الشرع ، ومساهلة من المكاتب فيما بقى قبل حلول الأجل لتوصل به إلى شرف الحرية ، وهو أيض مندوب إليه فى الشرع ذكره الزيلعى .

وذكر فى شرح الكافى للإسبيجابى جواز هذا الصلح مطلقا على قياس قول أبى يوسف لأنه إحسان من المديون فى القضاء بالتعجيل وإحسان من صاحب الدين فى الاقتضاء بحط بعض حقه ، وحسن هذا إذا لم يكن مشروطا فى الآخر ، وأما إذا شرط أحدهما فى مقابلة الآخر فدخل فى الصلح معاوضة فاسدة فيكون فاسدا وهكذا فى غاية البيان (قوله أو عن ألف سود على نصفه بيضا) لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة ، لأن من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المعاوضة فكان معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف الجودة فكان ربا منح ، بخلاف ما لو صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ، ولا معتبر بالجودة لأنها ساقطة الاعتبار فى الأموال الربوية إلا أنه يشترط القبض فى المجلس لأنه صرف الأصل أنه متى كان الذى وقع عليه الصلح دون الحق قدرا أو وصفا أو وقتا فهو إسقاط للبعض واستيفاء للباق لأنه استوفى دون حقه ، وإن كان أزيد منه بأن دخل فيه ما لايستحق من وصف أو تعجيل مؤجل أو كان خلاف جنسه فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء فى غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة كما فى الشمنى .

أقول : وشرطها عند اتحاد الجنس المساواة ، فمن له دراهم سود لايستحق البيض فيكون أخذها بطريق المعاوضة ولم توجد ، حتى لو صالحه على ألف حالة عن الألف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الألف

أن الإحسان إن وجد من الدائن فإسقاط ، وإن منهما فمعاوضة .

(قال) لغريمه (أد إلىّ خمسمائة غدا من ألف لى عليك على أنك برئ من) النصف (الباقى فقبل) وأدى فيه برىء ، وإن لم يؤد ذلك فى الغد (عاد دينه) كما كان لفوات التقييد بالشرط .

ووجوهها خمسة : أحدها هذا (و) الثانى (إن لم يوقت) بالغد (لم يعد) لأنه إبراء مطلق . والثالث (وكذا لو صالحه من دينه على نصفه يدفعه إليه غدا وهو برئ مما فضل على أنه إن لم يدفعه غدا فالكل عليه كان الأمر) كالوجه الأول (كما قال) لأنه صرح بالتقييد والرابع (فإن أبرأه عن نصفه على أن يعطيه ما بقى غدا فهو برىء أدى الباقى) فى الغد (أولا) لبداءته بالإبراء بالأداء (و) الخامس (لو علق بصريح الشرط

السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لوجود المساواة فى القدر وهو المعتبر فى الصرف دون المساواة فى الصفة ، ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لم يجز لأنه يكون افتراقا عن دين بدين ، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لأنه يجعل إسقاطا للدنانير كلها وللدراهم إلا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت ، ولا يحمل على المعاوضة لأن فيه فسادا كما فى العينى .

أقول : ويظهر مما قدمناه قريبا عن شرح الإسبيجابى أن المديون لو أعطى الدائن خمسمائة بيضا فأسقط الدائن الألف السود من ذمته وأسقط هو البيض من ذمة الآخر لابشرط المقابلة ينبغى أن يصح ولكنه لايسمى ذلك صلحا كما لايخفى (قوله أن الإحسان إن وجد من الدائن) بأن صالح على شىء هو أدون من حقه قدرا أو وصفا أو وقتا (قوله وإن منهما) أى من الدائن والمدين ، بأن دخل فى الصلح ما لايستحقه الدائن من وصف كالبيض بدل السود أو ما هو فى معنى الوصف كتعجيل المؤجل أو عن جنس بخلاف جنسه (قوله فمعاوضة) أى ويجرى فيه حكمها . فإن تحقق الربا أو شبهته فسدت وإلا صحت (قوله عاد دينه) عندهما . وعند أبى يوسف يبرأ (قوله لفوات التقييد بالشرط) أى من حيث المعنى ، فكأنه قيد البراءة من النصف بأداء خمسمائة فى الغد ، فإذا لم يؤد لايبرأ لعدم تحقق الشرط .

والحاصل أن كلمة على وإن كانت للعوض لكنها قد تكون بمعنى الشرط ، وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه كما فى الدرر (قوله والثانى إن لم يوقت بالغد) أى لم يذكر لفظ غد بل قال ادفع إلىّ خمسمائة على أنه برئ من الباقى لم يعد دينه لعدم الأداء ويبرأ مطلقا أدى الخمسمائة فى الغد أو لم يؤدّ لأن البراءة قد حصلت بالإطلاق وإلا فلا تتغير بما يوجب الشك فى آخره منح (قوله لم يعد) أى الدين مطلقا أدى أو لم يؤد (قوله لأنه إبراء مطلق) لأنه لما لم يوقت للأداء وقتا لم يكن الأداء غرضا صحيحا لأنه واجب على الغريم فى كل زمان فلم يتقيد بما حمل على المعاوضة وهو لايصلح عوضا . والظاهر أن الإبراء مقيد بأدائه ولو فى آخر جزء من أجزاء حياته ، حتى إذا مات ولم يؤد يؤخذ كل الدين من تركته لأن التعليق بالأداء موجود معنى . بخلاف الوجه الرابع فإنه يبرأ مطلقا لبداءته بالإبراء (قوله كالوجه الأول) خبر أول ، وقوله كما قال خبر ثان (قوله لبداءته بالإبراء لا بالأداء) قال فى الدرر : لأنه أطلق الإبراء وأداء خمسمائة لايصلح عوضا ويصلح شرطا مع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك ، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به ، فن حيث أنه لايصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث أنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا اهـ (قوله بصريح الشرط) قال القهستانى : وفيه إشعار بأنه لو قدم الجزاء صح .

كإن أديت إلىّ) كذا أو إذا أو متى (لا يصح) الإبراء لما تقرر أن تعليقه بالشرط صريحا باطل لأنه تمليك من وجه .

(وإن قال) المديون (لآخر سرا لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط) عني (ففعل) الدائن التأخير أو الحط (صح) لأنه ليس بمكره عليه .

فى الظهيرية : لو قال حططت عنك النصف إن نقدت إلىّ نصفا فإنه حط عندهم وإن لم ينقده (قوله كإن أديت إلىّ كذا) الخطاب للغريم ، ومثله الكفيل كما صرح به الإسبيجابى فى شرح الكافى وقضيخان فى شرح الجامع .

قال فى غاية البيان : وفيه نوع إشكال لأن إبراء الكفيل إسقاط محض ولهذا لايرتد برده فينبغي أن يصح تعليقه بالشرط إلا أنه كإبراء الأصيل من حيث أنه لايحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف لاغير المتعارف ، ولذا قلنا إذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفسه أيضا على أنه إن وافى بنفسه غدا فهو برىء عن الكفالة بالمال فوافى بنفسه برىء عن المال لأنه تعليق بشرط متعارف فصح اه (قوله لما تقرر الخ) قال فى المنح : إنما لايصح لأن الإبراء المعلق تعليقا صريحا لايصح لأن الإبراء فيه معنى التمليك ومعنى الإسقاط فالإسقاط لاينافى تعليقه بالشرط والتمليك ينافيه فراعينا المعنيين ، وقلنا إن كان التعليق صريحا لايصح وإن لم يكن صريحا يصح اه (قوله لأنه تمليك من وجه) بدليل أنه لايرتد بالرد والتمليكات لا تحتمل التعليق بالشرط وهو إسقاط أيضا بدليل أنه لايتوقف على القبول والإسقاط يحتمل ذلك ، فلمعنى التمليك فيها قلنا إذا صرح بالتعليق بالشرط لم يصح ، ولمعنى الإسقاط(١) إذا لم يصرح بالتعليق بالشرط بتقييد كذا فى الكافى (قوله وإن قال المديون لآخر سرا الخ) هذا القيد أهمله فى الكنز ولم ينبه عليه شارحه الزيلعى ، ونبه عليه ملا مسكين وصاحب الدرر وملتقى الأبحر والهداية ، وعبارته بعد ذكر المسئلة مطلقة . ومعنى المسئلة : إذا قال ذلك سرا ، أما إذا قال علانية يؤخذ به لأن قوله لا أقر بمالك الخ يتضمن الإقرار به حيث أضافه إليه بقوله مالك أو لأنه تعليق الإقرار بالشرط فيلزم فى الحال ، ولذا قيد به ملا مسكين فى عبارة الكنز حيث لم تتقيد بقوله سرا كما علمت ، وقد عزاه هنا وفى البحر إلى المجتبى ولكن النظر إلى العلة التى ذكرها الزيلعى وغيره وهى كونه ليس بمكره لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف فينكل ، وهو نظير الصلح مع الإنكار لأن كل واحد منهما لاينافى الطوع ، والاختيار فى تصرفه أقصى ما فى الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لايمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة يوجب التسوية بين الحالتين فتأمل ذكره الرملى .

أقول : معنى الأخذ : أى بإقراره وهو قوله بمالك والمال مجهول فيؤمر ببيانه ولا يلزمه ما ادعاه المدعى لعدم إقراره به تأمل (قوله بمالك) بفتح اللام وكسرها حموى (قوله صح) أى فليس له المطالبة فى الحال بعد التأخير ولا فى المحطوط كما فى المنح (قوله لأنه ليس بمكره) لأنه لو شاء لم يفعل ذلك إلى أن يجد البينة أو يحلف الآخر فينكل عن اليمين إتقانى ، وقوله وليس بمكره على صيغة اسم المفعول ، إذ يمكنه أن يبرهن أو يحلفه فينكل عن اليمين ففعله بلا شروع إلى أحدهما كان رضا بذلك فنفذ فيكون كصلح عن إنكار ، ومن ذلك ذكرت هذه المسئلة هنا ، هذا هو الموافق لما فى غاية البيان وشرح المقدسى ، وما فى الكفاية يقتضى كون الضمير المنصوب عائد إلى المديون وأن يكون مكره على صيغة اسم الفاعل كما فسر به البعض هنا ، والأول هو المتبادر كما لايخفى (قوله عليه) جعل لفظ عليه صلة لمكره وهو خلاف ما فى العينى والدرر . قال العينى

---

(١) (قوله ولمعنى الإسقاط الخ) هكذا بالأصل ، ولعله (ولا لمعنى الإسقاط) قلنا : إذ لم يصرح بالتعليق بالشرط يصح فليحرر.

(ولو أعلن ما قاله سرا أخذ منه الكل للحال) ولو ادعى ألفا وجحد فقال أقرر لى بها على أن أحط منها مائة جاز ، بخلاف على أن أعطيك مائة لأنه رشوة . ولو قال إن أقررت لى حططت لك منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط مجتبى :

(الدين المشترك) بسبب متحد كثمن مبيع بيع صفقة واحدة

عند قول الكنز صح : أى هذا الفعل عليه : أى على الدائن ، يعنى إن أخره يتأخر ، وإن حط عنه بعضه ينحط لأن المديون ليس بمكره اه ، ومثله فى الدرر إلا أنه قال صح : أى التأخير والحط لأنه ليس بمكره عليه أى على الدائن فوصل عليه بمكره فتوهم الشارح أنه متعلق به ، وليس الأمر كذلك لأن لفظ عليه من المتن فى الكنز والدرر ، ويحتمل أنها هنا كذلك إلا أن الناسخ سوّدها وحينئذ فالعبارة صح عليه : أى نفذ عليه التأخير أو الحط لأنه ليس بمكره ، وضمير عليه أى على الدائن حتى إنه بعد التأخير لايتمكن من مطالبته فى الحال ، وفى الحط لايتمكن من مطالبته ما حطه أبدا (قوله ولو أعلن ما قاله سرا) يعنى أنه تكلم به أولا بين الناس ، وليس المراد أنه بعد أن اتفقا على الحط أو التأخير أعلن فإنه لاينقض الصلح ، والمراد أن الدائن سكت : إذ لوحط فى الإعلان أو أقر صح بل هو أولى من حالة السر ط .

أقول : وظاهر كلام المصنف يوهم أنه بعد ما أخر أو حط عنه كما فهمته مما قدمناه مع أنه ليس كذلك ، فلو قال ولو أعلن بقوله لا أقر لك حتى تؤخره عنى أو تحط يكون إقرارا فيؤخذ للحال كله إن لم يؤخر أو يحط قال المولى عبد الحليم : وقوله ولو أعلن : أى المديون ، وقوله ما قاله سرا أشار به إلى أن مفعوله محذوف وهو قوله لا أقر لك بمالك الخ (قوله أخذ الكل منه للحال) أى تمكن من أخذ الكل بلا تأخير إن أخر ولا حط إن حط . قال ط : لعل هذا إذا لم يؤخره الطالب ولم يحط ، أما لو فعل ذلك صح لعدم إكراهه اه (قوله فقال أقرر) بهمزة قطع مفتوحة من أقر (قوله جاز) أى الحط لأنه ليس من تعليق الإبراء صريحا بل معنى ، وقد سبق جوازه (قوله بخلاف على أن أعطيك مائة) فإذا أقر صح الإقرار ، ولا يلزم الدائن شىء (قوله لا الحط) لأن الحط إبراء وهو معلق بصريح الشرط فلا يصح كما تقدم حلبى . والأولى أن يقول لأنه وعد معلق بالشرط لايجب الوفاء به شرعا (قوله الدين المشترك بسبب متحد) شامل لما إذا اشتركا فى المبيع بأن كان عينا واحدة أولم يشتركا بأن كانا عينين لكل عين بيعتا صفقة واحدة بلا تفصيل ثمن اه شرنبلالية (قوله كثمن مبيع بيع صفقة واحدة) بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أوكان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما زيلعى .

واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين . حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكا واحدا بألف وقبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه لأنه لا شركة لهما فى الدين . لأن كل دين وجب بسبب على حدة عزمية ، وإنما تتحد الصفقة إذا اتحد اللفظ وقدر الثمن ووصفه . كأن قالا بعناك هذا العبد بألف لكل خمسمائة فقبل كان صفقة واحدة . أما لو باع أحدهما بخمسمائة ثم الآخر بخمسمائة أو باعاه بألف على أن لأحدهما خمسمائة بيضا وللآخر سودا أو لأحدهما ستمائة وللآخر أربعمائة فذلك كله صفقتان فلا يشارك أحدهما الآخر فيما قبض كما يفهم ذلك من المنح ، وقيد بالدين المشترك لأنه لوكان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح ، وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من وجه لأن المصالح عنه مال حقيقة . بخلاف الدين زيلعى ، فليحفظ فإنه كثير الوقوع .

أو دين موروث أو قيمة مستهلك مشترك (إذا قبض أحدهما شيئا منه شاركه الآخر فيه) إن شاء أو اتبع الغريم كما يأتى ، وحينئذ (فلو صالح أحدهماعن نصيبه على ثوب) أى على خلاف جنس الدين

وفى الخانية : رجلان ادعيا أرضا أو دارا فى يد رجل وقالا هى لنا ورثناها من أبينا فجحد الذى هى فى يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه فى المائة لم يكن له أن يشاركه لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء يمين فى زعم المدعى عليه ، فهو معاوضة من وجه استيفاء من وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك . وعن أبى يوسف فى رواية لشريكه أن يشاركه فى المائة اهـ.

سئل العلامة الشلبى عن دار مشتركة بين ثلاثة أوقاف كل وقف له حصة معلومة ومستحقون مختصون به فإذا قبض بعض النظار شيئا من الأجرة هل لباقى النظار أن يشاركه فى المقبوض أم لا ؟ فأجاب بأن لباقى النظار الشركة فيما قبضه أحدهم حيث صدرت الإجارة منهم صفقة واحدة قياسا على ثمن المبيع صفقة واحدة اهـ. وتعقبه العلامة الحموى بأن جوابه إنما يصح إذا كان ما أجره كل من النظار معينا غير مشاع .

وأقول : هذا إنما يرد أن لو صدرت الإجارة فى بعض الدار لما يلزم عليه حينئذ من إجارة المشاع لغير الشريك ولا شيوع هنا لصدور الإجارة فى كل الدار فتنبه (قوله أو دين موروث) أو ثمن موصى به لهما أو كان بدل قرضهما أبو السعود (قوله إذا قبض) أطلقه فشمل قبضا على طريق الاقتضاء أو الصلح (قوله شاركه الآخر فيه) هذا أصل كلى يتفرع عليه فروع ، يعنى إذا كان لرجلين دين على آخر فقبض أحدهما شيئا منه ملكه مشاعا كأصله فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض ، لأنه وإن ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، لكن هذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه فيضمن لشريكه حصته دزر ، وليس بين قوله ملكه مشاعا كأصله ، وقوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض مخالفة لأن المقبوض عين الدين من وجه وغيره من وجه كما صرح به فى عامة الكتب ، والاعتبار الأول يقتضى كون المقبوض مشتركا والاعتبار الثانى يوجب الاختصاص بالقابض ، فعملنا بالوجهين وقلنا على الوجه الأول إنه يكون للآخر ولاية المشاركة ، وعلى الوجه الثانى إنه يدخل فى ملك القابض وينفذ تصرفه ، ومن هذا يظهر الحسن قوله فله حق المشاركة : أى فى المقبوض ، أشار به إلى أنه ليس له حقيقة المشاركة وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة والمشبه لا يلزم أن يكون فى حكم المشبه به من كل وجه ، فلا يلزم من تحقق حقيقة المشاركة فى الثمرة والولد تحقق حقيقتها فى المقبوض من الدين كما لا يخفى (قوله أو اتبع الغريم) فلو اختار اتباعه ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض ولو من غيره بحر أى من غير ما قبض لأن حقه فيه سقط بالتسليم فيرجع بمثله ويكون ما قبضه أخيرا صرفا عما فى الذمة .

وعبارة الزيلعى رجع عليه كما فى الحوالة ، لكن ليس له أن يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة لأن حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود إلى ذمته فى مثلها اهـ . وعليه فكان ينبغى إسقاط لفظ ولو وبقول هكذا ورجع على القابض بنصف ما قبض من غيره وذلك لأن حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود إلى ذمته فى مثلها تأمل (قوله وحينئذ فلو صالح) فى التفريع نظر لأن الأصل أن يقبض من الدين شيئا وهذا صلح عن نصيبه لا قبض تأمل (قوله أى على خلاف جنس الدين) احتراز عما إذا كان على جنسه كما تقدم فإنه يشاركه فيه أو يرجع على المدين ، وليس للقابض فيه خيار لأنه بمنزلة قبض بعض الدين

(أخذالشريك الآخر نصفه إلا إن ضمن) له (ربع) أصل (الدين) فلا حق له فى الثوب .
(ولو لم يصالح بل اشترى بنصفه شيئا ضمنه) الشريك (الرابع) لقبضه النصف بالمقاصة

(قوله أخذ الشريك الآخر نصفه) أى نصف الدين من غريمه أو أخذ نصف الثوب لأن الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع ، وقسمة الدين حال كونه فى الذمة لا تصح ، وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على إجازته وأخذه النصف دال على إجازة العقد فيصح ذلك (قوله إلا إن ضمن) أى الشريك المصالح (قوله ربع الدين) يعنى إلا أن يغرم له حصته من أصل الدين الواصل بواسطة الصلح .

وأفاد أن المصالح مخير إذا اختار شريكه اتباعه ، فإن شاء دفع له حصته من المصالح عليه ، وإن شاء ضمن له ربع الدين . ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو غيره وبعد ضمان المصالح الربع لا يكون للآخر سبيل على الثوب .

وحاصله أن الشريك الآخر مخير بين الإتباع للمديون والشريك المصالح ، وأن المصالح مخير فى دفع نصف الثوب المقبوض وربع الدين ، ولم يلزم عليه دفع الربع لاحتمال تضرر المصالح ، لأن الصلح على الحط غالبا فيكون ما استوفاه أنقص بل يحتمل أن لايبقى له شىء من مقبوضه ، وأشار بكون البدل ثوبا إلى أن هذا فيما كان بدل الصلح خلاف جنس الدين . أما إذا وقع على جنسه ليس للمصالح خيار فيه بل لشريكه المشاركة فى المقبوض أو يرجع على المديون لأنه بمنزلة قبض بعض الدين كما فى المبسوط . وأطلق الصلح فشمل مايكون عن إقرار أو سكوت أو إنكار .

ثم الحيلة فى أن لايرجع عليه شريكه أن يهب له الغريم مقدار حظه من الدين ويقبضه ثم يبرئه عن حظه أو يبيعه شيئا يسيرا ولو كفا من زبيب بقدر حصته من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن المبيع كما فى الذخيرة والتتمة (قوله فلا حق له فى الثوب) لأن حقه فى الدين وقد ضمنه له ، وقد علم أن الخيار للمصالح .

والحاصل أن فى تخيير الشريك قيدين : أن يكون المصالح عنه دينا والمصالح عليه ثوبا ، فإن كان المصالح عنه عينا مشتركة ليس لشريكه أن يشاركه فيه ، ولو كان المصالح عليه من جنس الدين شاركه الشريك أو يرجع على المدين .

والفرق بين الصلح على الجنس وغيره أنه إذا صالحه على الجنس يشاركه الشريك فيه أو يرجع على الغريم وفى الصلح على خلاف الجنس كذلك إلا أن يضمن له ربع الدين لأن حقه فى الدين لافى الثوب (قوله ضمنه شريكه الربع) يعنى إن شاء لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة ولا ضرورة عليه لأن مبنى البيع على المماكسة ، بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة ، فلو ألزمناه دفع ربع الدين لتضرر .

لايقال : قسمة الدين قبل القبض لاتتصور فكيف تتصور المقاصة فيه . لأنا نقول : قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا ، وإنما لاتجوز قصدا ، وهنا وقعت القسمة فى ضمن صحة الشراء وصحة المصالحة وللشريك أن لايتبع القابض فى الجميع ويرجع على المدين لأن القابض قبض حقه إلا أن له حق المشاركة ، ولو كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لأنه أحد الدينين قضاء لأولهما لا اقتضاء ، والضمان إنما يجب بالاقتضاء ، وكذا المشاركة لاتجب بالقضاء وإنما تجب بالاقتضاء ، ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه لايضمن ، ولو غصب أحدهما من المدين عينا أو اشترى منه شراء فاسدا فهلك عنده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض لاالتزوج به لعدم إمكان المشاركة فيه كالجناية على نفس المدين وكالإبراء ، بخلاف التزوج على دراهم

(أو اتبع غريمه) فى جميع مامر لبقاء حقه فى ذمته .

(وإذا أبرأ أحد الشريكين الغريم عن نصيبه لا يرجع) لأنه إتلاف لا قبض (وكذا) الحكم (إن) كان للمديون على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى (وقعت المقاصة بدينه السابق) لأنه قاض لا قابض .

(ولو أبرأ) الشريك المديون (عن البعض قسم الباقى على سهامه) ومثله المقاصة ، ولو أجل نصيبه صح عند الثانى ؛ والغصب والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج ،

مطلقة فإنه قبض بالإجماع لوقوع التقاص" زيلعى (قوله أو اتبع غريمه فى جميع مامر) أى فى مسألة الصلح والبيع أو القبض (قوله لبقاء حقه فى ذمته) ولأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن يشارك (قوله لايرجع)أى الشريك بنصف المبرإ على الذى أبرأ (قوله لأنه إتلاف لاقبض) والرجوع يكون فى المقبوض لافى المتلف ، ولم يزدد نصيب المشترى بالبراءة فلم يرجع عليه(قوله قبل وجوب دينهما عليه) أما لو كان حادثا حتى التقيا قصاصا فهو كالقبض ويشاركه فيه كما فى البحر (قوله عليه) أى المديون(قوله لأنه قاض لاقابض) أى والمشاركة إنما تثبت فى المقبوض لافى القضاء (قوله ولو أبرأ الشريك المديون) بالنصب مفعول أبرأ ، والأولى أن يقول أحد الشريكين (قوله قسم الباقى على سهامه) أى على سهام الباقى ، لأنه لعل المراد بالسهام السهام الباقية لاأصلها ، يظهر ذلك فيما لو كان له الثلثان فأبرأه عن الثلث يقسم مايؤخذ نصفين لأن الحق عاد إلى هذا القدر ، ولو اعتبرنا الأصل قسم أثلاثا ، وقد صرح ابن الكمال بالأول (قوله ومثله المقاصة) بأن كان للمديون على الشريك خمسة مثلا قبل هذا الدين فإن القسمة على مابقى بعد المقاصصة (قوله صح عند الثانى) اعتبارا بالإبراء المطلق خلافا للطرفين لأنه يؤدى إلى قسمة الدين قبل القبض كما فى الهداية .

وفى النهاية : ماذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبى يوسف ، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع الإمام .

قال فى البرهان : تأجيل نصيبه موقوف على رضا شريكه عند أبى حنيفة ، وبه نأخذ . وعندهما لا . وفى عامة الكتب محمد مع أبى يوسف ، وذكره فى الهداية مع أبى حنيفة فكان عنه روايتان كما فى الشرنبلالية .

وفى البحر : وإن أجله أحدهما فإن لم يكن واجبا بعقد كل منهما بأن ورثا دينا مؤجلا فالتأجيل باطل ؛ وإن كان واجبا بإدانة أحدهما ، فإن كانا شريكين شركة عنان ، فإن أخر الذى ولى الإدانة صح تأجيله فى جميع الدين ، وإن أخر الذى لم يباشرها لم يصح فى حصته أيضا ، وإن كانا متفاوضين وأجل أحدهما أيهما أجل صح تأجيله اهـ ولم يظهر وجه لذكر قول الثانى وترك قول الإمام مع عدم تصحيحه (قوله والغصب) أى إذا غصب أحدهما منه عينا وهلكت عنده فإنه ينزل قابضا نصيبه فيشاركه فيه الآخر سواء كان من جنس الدين أو من غير جنسه وهلك فى يد الغاصب وقضى عليه بقيمته من جنس الدين ، فلو كان من غير جنس الدين وكان موجودا رد عينه كما فى الرحمتى أى لأنه يملكه من وقت الغصب عند أداء الضمان (قوله والاستئجار) أى بأجرة من جنس الدين لأنها بيع المنافع ، فصار بمنزلة ما إذا اشترى بنصيبه شيئا فإنه يرجع عليه بربع الدين فكذا هذا وكذا خدمة العبد وزراعة الأرض .

وصورتها بأن استأجر أحدهما من المديون دارا بحصته سنة وسكنها ، وكذا لو استأجره بأجر مطلق .

وروى ابن سماعة عن محمد : لو استأجر بحصته لم يشاركه الآخر وجعله كالنكاح ، هذا إذا أضاف العقد إلى الدين لأنه إتلاف كما فى الزيلعى (قوله لا التزوج) أى تزوج المديونة على نصيبه فإنه لايكون قبضا لأنه ليس

والصلح عن جناية عمد .

وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم قدر دينه ثم يبرئه أو يبيعه به كفا من تمر مثلا ثم يبرئه ملتقط وغيره ، ومرت فى الشركة .

(صالح أحد ربى السلم عن نصيبه على ما دفع من رأس المال : فإن أجازه الشريك) الآخر (نفذ عليهما ،

بدل مال فكان فيه معنى الإتلاف من وجه فأشبه الإبراء ، بخلاف ماإذا تزوجها على دراهم مطلقة أى حتى التقتا قصاصا بنصيبه فإنه يكون كالقبض كما فى الإتقانى .

وفى الشرنبلالية : والتزوج بنصيبه إتلاف فى ظاهر الرواية حتى لايرجع عليه صاحبه بشىء . وعن أبى يوسف أنه يرجع بنصيبه منه لوقوع القبض بطريق المقاصة والصحيح الأول انتهى (قوله والصلح عن جناية عمد) أى لو جنى أحدهما عليه جناية عمد فيما دون النفس أرشها مثل دين الجانى فصالحه على نصيبه ، وكذا لو كان فيها قصاص لأنه لم يملك بمقابلته شيئا قابلا للشركة كما فى البرهان وغيره ، قيد بالعمد لأن الخطأ يسلك فيه مسلك الأموال فكأنه قابض أفاده فى النهاية وغيرها .

وفى الإيضاح : لايلزمه لشريكه شىء لأنه كالنكاح . وفى العناية بعد نقله ماتقدم : وأرى أنه قيد بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا ، وتمامه فى تكملة قاضى زاده .

قال الزيلعى : وقوله لاالتزوج والصلح عن جناية عمد : أى بأن كان لهما دين على امرأة فزوجته عليه نفسها أو على مولى الأمة فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتب أو على الأمة المأذون لها فتزوجها عليه بإذن المولى ليس بقبض فى ظاهر الرواية حتى لايرجع عليه شريكه ، لأنه لم يسلم له شىء يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المدين . وعن أبى يوسف أنه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة على مابينا ، والصحيح الأول لأنه إتلاف ، ولأن النكاح يتعلق بعين الدين عند الإضافة إليه فيملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة ، بخلاف ماإذا لم يضف العقد إليه بأن سمى دراهم مطلقة فوقع التقابض بنصيبه حيث يرجع إليه شريكه بالإجماع لأنها لم تملكه وإنما ملكت غيره فالتقيا قصاصا ، والصلح عليه عن جناية العمد ليس بقبض لأنه لم يملك شيئا قابلا للشركة بمقابلته اهـ (قوله أن يهبه الغريم) أى المديون فيكون المقبوض هبة لادينه (قوله ثم يبرئه) الضمير فى يبرئه لأحد الدائنين ففيه تشتيت : أى يبرئ الشريك الغريم ، فإن بإبرائه المديون لايرجع عليه بشىء كما مر (قوله أو يبيعه) أى الطالب وهو معطوف على يهبه : أى يبيع الشريك للمديون كفا الخ بقدر دينه فلم يكن مقتضيا الدين بل آخذا ثمن المبيع وقابضا للهبة فى الصورة الأولى ثم يبرئه من دينه ولا رجوع للشريك عليه بالإبراء (قوله به) أى بقدر نصيبه من الدين بأن يجعل ثمن التمر بقدر نصيبه فيكون المقبوض ثمن المبيع لانصيبه من الدين (قوله ثم يبرئه) أى أحد الدائنين وهو من باع التمر (قوله صالح أحد ربى السلم) إطلاق الصلح هنا مجاز عن الفسخ كما حرره صاحب غاية البيان لأنه فسخ فى الحقيقة . قالوا : أطلق عليه الصلح بما فيه من الحطيطة التى هى من خواص الصلح كما فى تكملة المولى زكريا .

أقول : الحطيطة هى التى لزمت على المسلم إليه من المسلم فيه حيث سقطت بهذه المصالحة تدبر كما لا يخفى (قوله عن نصيبه) أى من المسلم فيه (قوله على ما دفع من رأس المال) على حصته منه ، قيد به لأنه لو كان على غيره لا يجوز بالإجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه قبل قبضه زيلعى (قوله نفذ عليهما) فيكون المقبوض بينهما ، وكذا ما بقي من المسلم فيه درر البحار ، أى فيكون نصف رأس المال بينهما وباقى الطعام بينهما سواء

وإن رده رد) لأن فيه قسمة الدين قبل قبضه وإنه باطل ، نعم لو كانا شريكى مفاوضة جاز مطلقا بحر .

فصل فى التخارج

(أخرجت الورثة أحدهم عن) التركة وهى (عرض أو) هى (عقار بمال) أعطوه له (أو) أخرجوه (عن) تركة هى (ذهب بفضة) دفعوها له (أو) على (العكس) أو عن نقدين بهما (صح) فى الكل صرفا للجنس ، بخلاف جنسه

كان رأس المال مخلوطا أولا بحر (قوله وإن رده رد) وبقى المسلم فيه على حاله بحر (قوله لأن فيه قسمة الدين) وهو المسلم فيه وهذا مذهبهما . وقال أبو يوسف : يجوز اعتبارا بسائر الديون . ولهما أنه لو جاز ، فإما أن يجوز فى نصيبه خاصة أو فى النصف من النصيبين ، فعلى الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتميز ولا تميز إلا بالقسمة وهى باطلة ؛ وإن كان الثانى فلا بد من إجازة الآخر لأنه فسخ على شريكه عقده فيفتقر إلى رضاه درر (قوله مفاوضة) نصب على التميز (قوله جاز مطلقا) الذى فى البحر جاز ولو فى الجميع : أى جميع المسلم فيه ، يعنى أن الجواز لايخص نصيبه بل إذا فسخ فى الجميع جاز . قال : وأما إذا كانت عندنا توقف أيضا إن لم يكن من تجارتهما .

فى الكافى : لو أسلم فى كر بر ثم اصطلحا على أن يزيد المسلم إليه نصف كر لم يصح إجماعا ، لأنها لو صحت لخرج بعض رأس المال من ذلك السلم فيجعل بإزاء الزيادة فيصير دينا على المسلم إليه فكأنه أسلم دينا ، وإذا لم يجز فعليه أن يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم وعليه كر تام عند الإمام . وقالا : لا يرد لأن الإخراج للزيادة وبطلت فيبطل . قلنا : قصدا شيئين الإخراج والإدخال فصح الأول لا الثانى اهـ والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

فصل فى التخارج

قال فى المنح : هو من الخروج ، وهو أى شرعا أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ، ووجه تأخيره قلة وقوعه فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من الورثة بغير استيفاء حقه . وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به ، وله شروط تذكر فى أثناء كلام اهـ (قوله أخرجت الورثة أحدهم) أى أو الموصى له بمبلغ من التركة سائحانى . وفى آخر الأشباه عن الكتاب : لو صولح الموصى له بالثلث على السدس صح اهـ

أقول : لكنه مشكل لأنه من قبيل الإسقاط فى الأعيان وهو لا يجوز ، وقد صرحوا بأن الوارث لايسقط حقه من التركة بالإسقاط وهذا مثله . وأما المخارجة فبيع ويأتى تمامه (قوله صح فى الكل) أى ويقسم الباقى بينهم على سهامهم الخارجة قبل التخارج إلا أن يجعل هذا التخارج كأن لم يكن .

بيانه : امرأة وبنت وأخ شقيق أصلها ثمانية واحد للمرأة وأربعة للبنت والباقى للأخ فإذا أخرجت المرأة قسم الباقى على سبعة ، ولو جعلت كأن لم تكن قسم نصفين حموى عن الشيخ عماد الدين .

واعلم أنه إذا أخرجوا واحدا فحصته تقسم بين البقية على السواء إن كان ماأعطوه من مالهم غير الميراث ، وإن كان مماورثوه فعلى قدر ميراثهم . وقيده الخصاف بأن يكون عن إنكار . أما إذا كان عن إقرار فهو بينهم على السواء مطلقا أبو السعود ، ويأتى ذلك أواخر الفصل (قوله صرفا للجنس بخلاف جنسه) علة لقوله أو نقدين بهما ، والأولى تأخيره عن قوله قل ما أعطوه أو كثر ، ويوجد فى بعض النسخ التعبير باللام عوضا

(قل) ماأعطوه (أو كثر) لكن بشرط التقابض فيما هو صرف (و) في إخراجه عن (نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا) يصح (إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس)

عن الباء في بخلاف الجنس ، وهي أولى من الباء : أي لو صالح عن الذهب والفضة بذهب وفضة صح ويصرف الذهب للفضة وهي له ، والمراد بالصرف في كلامه الصرف المصطلح عليه في الفقه وهو بيع الثمن بالثمن والباء فيه للمقابلة ، ولو كان المراد بالصرف اللغوى لا ختص بمسألة واحدة ، وهي ماإذا اشتملت التركة على ذهب وفضة ودفع البدل كذلك ولعداه بإلى أو اللام ، ولقوله بعد ذلك لكن بشرط التقابض فيما هو صرف فإنه متعين للصرف الاصطلاحي (قوله قل ماأعطوه أو كثر) لأنه معاوضة لا إبراء إذ الإبراء عن الأعيان باطل كذا قيل .

وأقول : ما قيل إن الإبراء عن الأعيان باطل ، قيده في البحر بما إذا كان على وجه الإنشاء ، فإن كان على وجه الإخبار كقوله هو برىء مما لى قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى ، وكذا إذا قال لا ملك لى في هذا العين ذكره في المبسوط والمحيط ، فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا استحقاقا ولا دعوى يمنع الدعوى بحق من الحقوق قبل الإقرار عينا كان أو دينا ، وتقدم الكلام عليه أوائل الإقرار ، وسيأتي آخر الفصل مستوفى إن شاء الله تعالى (قوله لكن بشرط التقابض) قال في البحر : ولا يشترط في صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة ، لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض في المجلس غير أن الذى في يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، وإن كان مقرا غير مانع يشترط تجديد القبض اه .

أقول : بيانه أن التركة في يد أحد الورثة أمانة ، فإذا أنكرها أو منع صار غاصبا والغاصب ضامن وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان فيلزم تجديد القبض فيما لو كان مقرا غير مانع وإلا لا ، وهذا في غير النقدين . أما هنا في صورة ما إذا صالحا على جنسهما فلا بد من حضور ذلك للمجلس وتجديد القبض فيه لأنه صرف محض كما يأتي (قوله وغيرهما) وكذا عن النقدين فقط (قوله بأحد النقدين) قيد بأحد النقدين احترازا عما إذا كان بدل الصلح مجموع النقدين فإنه يصح كيف كان ، لأنا نصرف الجنس إلى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما في المبيع بل أولى ، لأن المقصود من الصلح قطع المنازعة ولكن يشترط فيه التقابض قبل الافتراق لأنه صرف ط (قوله إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس) فلو كان ماأعطوه أقل أو مساويا لنصيبه أو لايعلم قدر نصيبه من الدراهم فسد الصلح ط .

قال في البحر : ولو صالحوه عن النقدين وغيرهما بأحد النقدين لا يصح الصلح ما لم يعلم أن ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس إن كانوا متصادقين ، وإن أنكر وراثته جاز مطلقا بشرط التقابض فيما يقابل النقد منه ، وإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس فالصحيح أن الشك إن كان في وجود ذلك في التركة جاز الصلح ، وإن علم وجود ذلك في التركة لكن لا يدرى أن بدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد كذا في فتاوى قاضيخان اه .

وفي المقدسي قال الحاكم إنما يبطل حال التصادق ، وفي التناكر يجوز لا يكون (١) حينئذ بدلا في حق الآخذ ولا حق الدافع

---

(١) (قوله لا يكون الخ) هكذا بالأصل . وعبارة والده رحمه الله تعالى في حاشية الدرر : وقال الحاكم الشهيد : إنما يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا حالة التصادق . وأما في حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فيجوز . وجه ذلك أن في حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا في حق الآخذ ولا في حق الدافع اه وهي واضحة بل سيأتي له في الصحيفة بعد هذه عبارة الحاكم تامة اه مصححه .

تحرزا عن الربا ، ولابد من حضور النقدين عند الصلح وعلمه بقدر نصيبه شرنبلالية وجلالية ، ولو بعرض جاز مطلقا لعدم الربا ، وكذا لو أنكروا إرثه لأنه حينئذ ليس ببدل

وفى الغاية : قال شيخ الإسلام الصحيح أنه باطل فى الوجهين ، لأنه يكون معاوضة فى حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا ، وإن زاد صح فيكون قدر حظه به والباقى بحقه فى باقى التركة (قوله تحرزا عن الربا) قال فى الدرر ليكون حصته بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة صونا عن الربا ، فلابد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب أو الفضة لأنه صرف فى هذا القدر اه (قوله ولابد من حضور النقدين عند الصلح) لم يذكر هذا فى الشرنبلالية ، ولا وجه لا شتراطه ، وإن أراد به حضور البدل إذا كان منهما فقد أفاده بقوله سابقا لكن بشرط التقابض فيما هو صرف ط إلا أن يقال أراد بالحضور الحكمى بأن يحضرهما قبل الافتراق لأن الشرط التقابض فى المجلس ، أو يكون ما يراد أن يعطى المدفوع له تحت يده لابطريق الأمانة (قوله وعلمه بقدر نصيبه) أى ليعلم أن ما أخذه أزيد من نصيبه من ذلك الجنس تحرزا عن الربا .

قال أبو السعود : وإنما اشترط العلم بقدر نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير كونه مساويا له أو أقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار ، بخلاف الصحة فإنها من جانب واحد ، وهو ما إذا كان المأخوذ أكثر عن نصيبه فكانت العبرة لجانب الفساد لكونه من وجهين انتهى .

واعلم أن صحة الصلح على الوجه المذكور ثبتت بالأثر ، وهو أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، وقيل على ثلاثة وثمانين ألفا بمحضر من الصحابة . وروى أن ذلك كان نصف حقها زيلعى . وتماضر بنت أصبغ بن عمرو الكلبى التى طلقها عبد الرحمن فى مرض موته ثلاثا ثم مات وهى فى العدة فورثها عثمان وكانت مع ثلاث نسوة أخر فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفا ، فى رواية هى دراهم ، وفى رواية هى دنانير ابن كمال باشا .

وتماضر بضم المثناة الفوقية وكسر الضاد المعجمة : قدم بها المدينة فولدت أبا سلمة فى سريته إلى دومة الجندل فى شعبان سنة ست كما فى المواهب . قال : والضمير فى سريته لعبد الرحمن بن عوف . ودومة بضم الدال وفتحها : مدينة بينها وبين دمشق نحو عشر مراحل ، وبعدها من المدينة نحو ثلاث عشرة مرحلة ؛ سميت بدوما بن إسماعيل ؛ لأنه كان نزلها عليه السلام . وأصبغ هذا من المخضرمين أدرك الجاهلية والإسلام ولم يجتمع به عليه السلام ، أسلم على يد سيدنا عبد الرحمن بن عوف ، وقوله روى أن ذلك كان نصف حقها فعلى كون بدل الصلح كان ثمانين ألفا وأنها نصف حقها يكون جميع ماله المتروك رضى الله عنه خمسة آلاف ألف ألف ومائة وعشرين ألفا ويكون ثمنه ستمائة ألف وأربعين ألفا وربع الثمن مائة ألف وستون ألفا ونصف ربع الثمن ثمانون ألفا (قوله ولو بعرض) يعنى لو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا وإن قل ولم يقبض فى المجلس ، وظاهره يعم مالو كان العرض من التركة إذ حقه ليس فى جميعه فيكون مبادلا عن نصيبه فى بقية التركة بما زاد عن حقه فيه (قوله وكذا لو أنكروا إرثه) أى فإنه يجوز مطلقا .

قال فى الشرنبلالية : وقال الحاكم الشهيد إنما يبطل على أقل من نصيبه فى مال الربا حالة التصادق . وأما فى حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فيجوز . وجه ذلك أن فى حال التكاذب مايأخذه ليكون بدلا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع هكذا ذكره المرغينانى ، ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا ،

بل لقطع المنازعة (وبطل الصلح إن أخرج أحد الورثة وفى التركة ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم) لأن تمليك الدين

ولو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا وإن قل ولم يقبض فى المجلس اه .

أقول : لكن فى قوله لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ فيه أنه بدل فى زعمه ، وعليه فينبغى أن لا يحل له الأخذ مالم يعلم مقدار حقه من ذلك الجنس ، لأنه إن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس لا يصح لأن فيه شبهة الربا وهى محرمة ، وإن شك فى وجود ذلك الجنس فى التركة صح لأنه حينئذ يكون شبهة الشبهة وهى لا تحرم (قوله بل لقطع المنازعة) هذا فى حق المدعى عليه ، أما فى حق المدعى فأخذ لبعض حقه وإسقاط للباق لأنهم بجحودهم حقه صاروا غاصبين وصار المال مضمونا عليهم فى ذمتهم من قبيل الدين ، وقد علم حكم الصلح عن الدين بجنسه ، بخلاف ما إذا أقروا بذلك فإن المال حينئذ عين وإن كان من النقدين ، ولا يصح الإسقاط فى الأعيان فلذلك تعين أن يكون صرفا لكن قد يقال فيه إن المال القائم إذا صار مضمونا لا ينتقل للذمة ، وعليه فلا فرق بين الصورة المذكورة وما بعدها ، فى أن بكل منها إسقاط العين وهو لا يجوز ، وإنما جوزوا الصورة الأولى باعتبار أن ما يأخذه بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع تأمل (قوله وبطل الصلح الخ) أى فى الكل عند الكل على الأصح ، وقيل عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين ط . قال العلامة أبو السعود هذا ليس على إطلاقه لما سبق عن الزيلعى من أنه ينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين إذا بينت حصته وأنه يشكل إن كان هو قول الكل لاخلاف لها لأن قياس مذهبهما فى الجمع بين الحر والعبد والشاة الذكية والميتة حيث جوز العقد فى العبد والذكية إذا بين ثمن كل منهما أن يجوز الصلح عندهما فى غير الدين إذا بينت حصته ، اللهم إلا أن يحمل هذا على ما إذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما أو يفرق عندهما بين البيع والصلح ، والظاهر أنه لم يرد نص فى الصلح عنهما ولهذا ذكره الزيلعى بلفظ ينبغى قياسا على البيع ، وكذا قول الشارح . قيل هذا قول أبى حنيفة ، وقيل هو قول الكل ظاهر فى عدم ورود نص عنهما فلهذا اختلف المشايخ فيه انتهى (قوله وفى التركة ديون) أى على الناس لقرينة ما يأتى ، وكذا لو كان الدين على الميت .

قال فى البزازية : وذكر شمس الإسلام أن التخارج لا يصح إن كان على الميت دين : أى يطلبه رب الدين لأن حكم الشرع أن يكون الدين على جميع الورثة اه (قوله بشرط) متعلق بأخرج (قوله لأن تمليك الدين الخ) وهو هنا حصة المصالح .

قال فى الدرر : لأنه يصير مملكا حصته من الدين لسائر الورثة بما يأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وإن كان بعوض ، وإذا بطل فى حصة الدين بطل فى الكل اه ، فقول الدرر لأنه : أى المصالح عن الدين والعين يعم العرض والعقار والمكيل والموزون الحاضر وغير من عليه الدين هنا بقية الورثة وقوله بطل فى الكل لأن العقد الواحد إذا فسد فى بعض المعقود عليه فسد فى الكل ، وهو قول أبى حنيفة والدليل له فى مسألة البيوع(١) وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين ، وقيل هو قول الكل كما فى الكافى وغيره كما قدمناه عنه قريبا .

أقول : وينبغى أن ليس اختلاف القولين بين المشايخ على إطلاقه بل اللائق كون البطلان قول الكل إذا لم

---

(١) (قوله والدليل له فى مسألة البيوع) وهى ما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل فى حق الكل عنده . وعندهما صح فى العبد لأن الصفقة لا تتعدد بتفصيل الثمن بل لابد من تكرر لفظ العقد عنده خلافا لهما اه منه .

من غير من عليه الدين باطل .
ثم ذكر لصحته حيلا فقال (وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه) أى من حصته لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء (أو قضوا نصيب المصالح منه) أى الدين (تبرعا) (منهم وأحالهم بحصته أو أقرضوه قدرحصته منه وصالحوه عن غيره) بما يصلح بدلا (وأحالهم بالقرض على الغرماء) وقبلوا الحوالة وهذه أحسن الحيل ابن كمال . والأوجه أن يبيعوه كفا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء ابن ملك.

يبين حصة الدين فى البدل. وأما إذا بين فيصح الصلح عندهما فيما وراء الدين بحصته إذ لا موجب للبطلان حينئذ فيه عندهما تدبر ، وأشار إلى ذلك ابن ملك (قوله من غير من عليه الدين) وهوالورثة هنا (قوله باطل) لماذكر من أنه يصير مملكا حصته من الدين إلى آخر ماقدمناه عن الدرر أى ثم يتعدى البطلان إلى الكل لأن الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين .

وأقول : هذا إذا لم يسلطهم ولم يوكلهم فى مقدار نصيبه من الدين ، وأما إذا سلطهم فينبغى أن يصح الصلح كذا قيل (قوله وصح لو شرطوا إبراء الغرماء) أى إبراء المصالح للغرماء ، والظاهر أن هذه الحيل لخروجه عن كل التركة ، ولذا قال فى السراج والمنح : وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة فلا يصح قول الشارح وأحالهم بحصته لأنها سقطت عن الغرماء كما صرح به البزازى أيضا ، وسنبينه قريبا فى المقولة الآتية إن شاء الله تعالى ، ولم يذكر حيلة مع أنها أحسن مما ذكر وكنت أقتصر عليها . ورأيتها فى المقدسى وهى أن يأمرهم ليقبضوه له ثم لهم لكن له أن يرجع فالوجه الآتى أولى .

[فرع] ادعت امرأة ميراثها فصولحت على أقل من حظها أو مهرها صح ولا يطيب لهم إن علموا ، فإن برهنت بعد ذلك بطل الصلح اه وسيأتى فى المتن أنه الأشهر أوأنه محمول على قول المتن السابق صولح على بعض ما يدعيه الخ وإلا فهو بعيد عن القواعد إلا أن يحصل على الديانة لكنه بعيد أيضا لا سيما وقد صولحت إحدى زوجات سيدنا عبد الرحمن بن عوف على أقل من حظها بكثير بحضور جمع من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين كما قدمناه قريبا فلا تنسه (قوله منه) أى من الدين ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فحينئذ يصح الصلح لأنه حينئذ يكون تمليك الدين الخ أو لأنه إسقاط (قوله وأحالهم بحصته) لا محل لهذه الجملة هنا وهى موجودة فى شرح الوقاية لابن ملك ، وهى سبق قلم إذ لم يبق له حصة بعد ما قضوه ، ولذا قال فى المنح : ولا يخفى ما فيه من ضرر بقية الورثة أى لأنه لم يستفيدوا من نصيبه فى الدين شيئا اه ، وضاع عليهم ما قضوه من الدين عن الغرماء . وفى بعض النسخ أو أحالهم . قال ط : ذكره ردا على صاحب الدرر وتبعه المصنف حيث قالا : ولا يخفى ما فيه : أى هذا الوجه من الضرر ببقية الورثة ولكنه لا يندفع لأنه يرجع عليهم بما أحالهم به فيكون الضرر عليهم مرتين اه .

أقول : فى قوله فيكون الضرر الخ يأتى بيانه قريبا عن الإتقانى (قوله منه) أى من الدين (قوله عن غيره) أى عما سوى الدين (قوله بالقرض) أى ببدله الذى أخذه منهم (قوله وقبلوا) أى الغرماء والمصالحون لأن الشرط قبول المحال عليه والمحتال (قوله وهذه أحسن الحيل) لأن فى الأولى ضررا للورثة حيث لا يمكنهم الرجوع إلى الغرماء بقدر نصيب المصالح وكذا فى الثانية لأن النقد خير من النسيئة إتقانى (قوله والأوجه الخ) لأن فى الأخيرة لا يخلو عن ضرر وهو تأخير وصولهم قدر حصته مع أنه ليس لهم نفع فى هذا القدر وهو خلاف وضع الصلح غالبا (قوله ثم يحيلهم على الغرماء) أو يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم يأخذوه

(وفى صحة صلح عن تركة مجهولة) أعيانها ولا دين فيها (على مكيل أو موزون) متعلق بصلح (اختلاف) والصحيح الصحة زيلعى لعدم اعتبار شبهة الشبهة . وقال ابن الكمال إن فى التركة جنس بدل الصلح لم يجز وإلا جاز ، وإن لم يدر فعلى الاختلاف .

(ولو) التركة (مجهولة وهى غير مكيل أو موزون فى يد البقية) من الورثة (صح فى الأصح) لأنها لا تفضى إلى المنازعة لقيامها فى يدهم ، حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لم يجز

لأنفسهم (قوله ولا دين فيها) أما إذا كان فيها دين فلا يصح الصلح لما تقدم (قوله اختلاف) فقال الفقيه أبو جعفر بالصحة وهو الصحيح . وقال ظهير الدين المرغينانى : لا يصح (قوله لعدم اعتبار شبهة الشبهة) لأن عدم الصحة باحتمال أن يكون فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا ، وقيل يصح لاحتمال أن لا يكون فى التركة مكيل أو موزون ، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا إلى اعتبار شبهة الشبهة ولا عبرة بها اه وإنما العبرة للشبهة .

وفى فتاوى قاضيخان : والصحيح ما قاله أبو جعفر من أنه يجوز هذا الصلح لأن الثابت هنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر اه لأنه يحتمل أن يكون فى التركة من جنس بدل الصلح على تقدير أن يكون زائدا على بدل الصلح ، فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة (قوله جنس بدل الصلح) تركيب إضافى بإضافة جنس إلى بدل الصلح (قوله لم يجز) أى حتى يكون ما يأخذه أزيد من حصته من ذلك الجنس ليكون الزائد فى مقابلة ما يخصه من غير الجنس ، ويشترط القبض لأنه بمنزلة البيع وبيع ما جمعهما قدر وجنس أو أحدهما لا يجوز نسيئة كذا تقتضيه القواعد ، والمراد أنه لا يجوز اتفاقا كما أن الثانى يجوز اتفاقا (قوله وإلا) أى إن لا يكن فى التركة جنس بدل الصلح ، وهذا التفصيل لغير ما نحن فيه (قوله وإن لم يدر فعلى الخلاف) هى مسألة المتن ويدرى بالبناء للمجهول (قوله وهى غير مكيل أو موزون) كذا وقع فى الغرر ، ولا وجه للتقييد به إلا إذا كان المصالح عليه مكيلا أو موزونا . أما إذا كان غيرهما فلا يظهر لهذا التقييد وجه ، وقد نقل المصنف هذه المسألة عن الزيلعى ، وعبارة الزيلعى خالية عن هذا التقييد ، ونصها : وهذا يدل على أن الصلح مع جهالة التركة يجوز ، وقيل لا يجوز لأنه بيع وبيع المجهول لا يجوز ، والأول أصح لأن الجهالة هنا لا تفضى إلى المنازعة لأنها فى يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها إلى التسليم ، حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما فى يده معلوما للحاجة إلى التسليم ط .

أقول : وكذا يشترط أن لا يكون فيها دين ووقع الصلح على مكيل وموزون كما فى الإتقانى (قوله صح فى الأصح) وقيل لا يجوز لأنه بيع المجهول لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون إتقانى (قوله لأنها) أى جهالة التركة المصالح عنها (قوله لا تفضى إلى المنازعة لقيامها فى يدهم) يعنى أن العلة فى عدم جواز المبيع إذا كان المبيع مجهولا لإفضائه إلى المنازعة ، وهنا لا يفضى إليها لأن المصالح عنه فى يد بقية الورثة فلا يحتاج فيه إلى التسليم ولا يطلبون شيئا آخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح كذا فى العزمية كمن أقر بغصب شىء فباعه المقر له منه جاز وإن جهلا قدره ، وقيل لا يصح لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذه من المكيل والموزون ومع جهالة المبيع لا يصح كما فى شرح المجمع .

قلت : فاستفيد منه أن ما يحتاج لتسليمه تلزم معرفته وما لا فلا در منتقى .

أقول : واستفيد أن نفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع ، بل الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة ، ألا ترى

ما لم يعلم جميع ما فى يده للحاجة إلى التسليم ابن ملك (وبطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة) إلا أن يضمن الوارث الدين بلا رجوع أو يضمن أجنبى بشرط براءة الميت أو يوفى من مال آخر (ولا) ينبغى أن (يصالح) ولا يقسم (قبل القضاء) للدين (فى غير دين محيط ، ولو فعل الصلح) والقسمة (صح) لأن التركة لا تخلو عن قليل دين : فلو وقف الكل تضرر الورثة فيوقف قدر الدين استحسانا وقوية

أنه لو باع قفيزا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة ، وكذلك لو باع المغصوب كما ذكرنا (قوله ما لم يعلم جميع ما فى يده) أى لا يجوز حتى يصير جميع ما فى يده معلوما للحاجة إلى التسليم كما ذكرنا عن الإتقانى ، بخلاف ما إذا كانت فى أيدى بقية الورثة فإنه يجوز مع الجهالة لأنه لايحتاج فيها إلى التسليم كما مر ويأتى (قوله ابن ملك) لم يذكر هذا القيد أصلا .

[خاتمة] التهايؤ : أى تناوب الشريكين فى دابتين غلة أو ركوبا يختص جوازه بالصلح عند أبى حنيفة لا الجبر . وجائز فى دابة غلة أو ركوبا بالصلح فاسد فى غلتى عبدين عنده ولو جبرا درر البحار .

وفى شرحه غرر الأفكار : ثم اعلم أن التهايؤ جبرا فى غلة عبد أو دابة لا يجوز اتفاقا للتفاوت وفى خدمة عبد أو عبدين جاز اتفاقا لعدم التفاوت ظاهرا أو لقلته . وفى غلة دار أودارين أو سكنى دار أو دارين جاز اتفاقا لإمكان المعادلة ، لأن التغيير لايميل إلى العقارظاهرا وأن التهايؤ صلحا جائز فى جميع الصور كما جوز أبو حنيفة أيضا قسمة الرقيق صلحا اه (قوله وبطل الصلح) أى مع أحد الورثة ليخرجوه عنها ، فلو قسموا التركة بين الورثة ثم ظهر دين محيط قيل للورثة اقضوه فإن قضوه صحت القسمة وإلا فسخت لأن الدين مقدم على الإرث فيمنع وقوع الملك لهم إلا إذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء ذممهم فحينئذ تصح القسمة لزوال المانع فكذا إذا لم يكن محيطا لتعلق حق الغرماء بها إلا إذا بقى فى التركة ما يفى بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الاحتياج كذا فى قسمة الدرر (قوله والقسمة) أى قسمة التركة بين الورثة لأنهم لايملكون التركة حينئذ لتقدم حاجته فللغريم إبطالها ، ولو أجاز قبل أن يصل إليه حقه .

وفى الظهيرية : ولو لم يضمن الوارث ولكن عزلوا عينا لدين الميت فيه وفاء بالدين ثم صالحوا فى الباقى على نحو ما قلنا جاز اه . قال العلامة المقدسى : فلو هلك المعزول لابد من نقض القسمة (قوله بلا رجوع) أما لو كان برجوع كانت التركة مشغولة .

قال فى التبيين : ولو ضمن رجل بشرط أن لا يرجع فى التركة جاز الصلح لأن هذا كفالة بشرط براءة الأصيل وهو الميت فتصير حوالة ، فيخلو مال اليتيم عن الدين فيجوز تصرفهم فيه اه (قوله بشرط براءة الميت) تبع فيه المصنف ، وقد علم من عبارة الزيلعى أن المدار على اشتراط عدم الرجوع فى التركة وقد بين وجهه ط (قوله يوفى) بالبناء للمجهول بضم ففتح فتشديد (قوله من مال آخر) الأولى تقديمه على أو يضمن أجنبى فإن الضمير فيه يرجع إلى الوارث إذا لم يبن للمجهول لفظ يوفى ، وسواء وفى الوارث من ماله الخاص به أو من عين أخرى ظهرت للميت (قوله ولا ينبغى أن يصالح) أى بل يكره ، وهل هى تنزيهية أو تحريمية حرره ط .

أقول : معنى لا ينبغى خلاف الأولى ، وخلاف الأولى مكروه تنزيها . قال فى البحر : لاينبغى الأولى أن لايفعلوا ذلك حتى يقضوا الدين اه (قوله استحسانا) والقياس أن لا يجوز ، لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله فى ملك الورثة .

لئلا يحتاجوا إلى نقض القسمة بحر .

(ولو أخرجوا واحدا) من الورثة فحصته تقسم بين الباقي عن السواء إن كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث (وإن كان) المعطى (مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم) يقسم بينهم ،

ووجه الاستحسان ما ذكره من التعليل بقوله لأن التركة لا تخلو عن قليل دين الخ . والأولى تقديم قوله استحسانا عند قوله صح لأن التركة الخ لأنه يوهم خلاف المراد ، وماهنا موافق لما في الزيلعي مخالف لما في مسكين والعيني ، فإن عبارة مسكين : ولو على الميت دين محيط : أي مستغرق جميع التركة بأن لا يبقى شيء بعد أدائه بطل الصلح والقسمة ، وإن لم يكن مستغرقا لا ينبغي أن يصالحوا مالم يعطوا دينه . ولوفعلوا قالوا يجوز الصلح . وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا اهـ وعبارة الزيلعي : وإن لم يكن مستغرقا جاز استحسانا ، والقياس أن لايجوز الخ (قوله لئلا يحتاجوا) علة لقوله فيوقف. قال صدر الشريعة : ولو صالح فالمشايخ قالوا صح لأن التركة لا تخلو عن قليل دين والدائن قد يكون غالبا ، فلو جعلت التركة موقوفة لتضرر الورثة والدائن لا يتضرر ، لأن على الورثة قضاء دينه ووقف قدر الدين وقسم الباقي استحسانا ووقف الكل قياس الخ (قوله على السواء) أفاد أن أحد الورثة إذا صالح البعض دون الباقي يصح وتكون حصته له فقط وكذا لو صالح الموصى له كما في الأنقروي .

[مسألة] في رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة أبناء عم عصبة وخلف تركة اقتسموها بينهم ثم ادعت الورثة على الزوجة بأن الدار التي في يدها ملك مورثهم المتوفى فأنكرت دعواهم فدفعت لهم قدرا من الدراهم صلحا عن إنكار فهل يوزع بدل الصلح عليهم على قدر مواريثهم أو على قدر رؤوسهم؟ الجواب قال في البحر : وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا ، وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اهـ ومثله في المنح .

وفي مجموع النوازل : سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح ؟ قال : لا لأن تصحيح الصلح عن الإنكار من جانب المدعي أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضا عنه لابد أن يكون ثابتا في حقه ليمكن تصحيح الصلح من الذخيرة ، فمقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدعي وقوله أن يجعل عين حقه أو عوضا عنه أن يكون على قدر مواريثهم سيدي الوالد رحمه الله تعالى عن مجموعة منلا على التركماني أمين الفتوى بدمشق الشام (قوله إن كان ما أعطوه من مالهم) أي وقد استووا فيه ، ولا يظهر عند التفاوت ط (قوله فعلى قدر ميراثهم) قال في السراجية وشرحها : من صالح عن شيء من التركة فاطرح سهامه من التصحيح ثم اقسم باقي التركة على سهام الباقين كزوج وأم وعم فصالح الزوج عن نصيبه على ما في ذمته من المهر وخرج من البين فيقسم باقي التركة بين الأم والعم أثلاثا بقدر سهامهما سهمان للأم وسهم للعم :

فإن قلت : هلا جعلت الزوج بعد المصالحة وخروجه من البين بمنزلة المعدوم وأي فائدة في جعله داخلا في تصحيح المسألة مع أنه لا يأخذ شيئا وراء ما أخذه .

قلت : فائدته أنا لو جعلناه كأن لم يكن وجعلنا التركة ما وراء المهر لانقلب فرض الأم من ثلث أصل المال إلى ثلث الباقي ، إذ حينئذ يقسم الباقي بينهما أثلاثا فيكون للأم سهم وللعم سهمان وهو خلاف الإجماع ، إذ حقها ثلث الأصل ، وإذا أدخلنا الزوج في المسألة كان للأم سهمان من الستة وللعم سهم واحد ويقسم الباقي بينهما على هذه الطريقة فتكون مستوفية حقها من الميراث اهـ ملخصا ط ، وسيأتي آخر كتاب الفرائض بيان قسمة التركة

وقيده الخصاف بكونه عن إنكار ، فلو عن إقرار فعلى السواء ، وصالح أحدهم عن بعض الأعيان صحيح ، ولو لم يذكر فى صك التخارج أفى التركة دين أم لا فلصك صحيح ، وكذا لو لم يذكره فى الفتوى فيفتى بالصحة ويحمل على وجود شرائطها مجمع الفتاوى .

(والموصى له) بمبلغ من التركة (كوارث فيما قدمناه) من مسألة التخارج (صالحوا) أى الورثة (أحدهم) وخرج من بينهم (ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلا فى الصالح) المذكور (قولان

مفصلا (قوله وقيده الخصاف) أى قيد جريان هذا التفصيل بما إذا كان الورثة منكرين (قوله فعلى السواء) أى مطلقا منح سواء كان الدفع من التركة أو من غيرها لأنه بمنزلة البيع فكأنهم اشتروه جميعا ولا يظهر التساوى إلا إذا كان المدفوع متساويا بينهم ، وعليه فينبغى أن يرجع الأكثر حصة فى التركة على الأقل حصة بقدر مادفع من ماله عنه فليتأمل .

قال الشرنبلالى فى شرح الوهبانية والوجه أنهما فى الإقرار يكونان مشتريين فيتنصف ، وفى الإنكار مدعيين العين للتركة فيكون على قدر الأنصباء ، واختاره البعض (قوله عن بعض الأعيان) أشار به إلى أنه كما يصح الصلح معه عن كل أعيانها يصح عن بعضها اعتبارا للجزء بالكل .

وفى المجتبى : ادعى مالا أى معلوما أو غيره فجاء رجل واشترى ذلك من المدعى يجوز الشراء فى حق المدعى ويقوم مقامه فى الدعوى فإن استحق شيئا كان له وإلافلا ، فإن جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع اه حموى ، ومثله فى البحر . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وتأمل فى وجهه .

ففى البزازية من أول كتاب الهبة : وبيع الدين لايجوز ، ولو باع من المديون أو وهبه جاز اه .

أقول : لم يظهر لى وجهه مع تصريحهم بعدم صحة بيع الدين لغير من عليه الدين فهو غير صحيح فيما يظهر وفوق كل ذى علم عليم (قوله أفى التركة دين) هكذا فى بعض النسخ وفى بعضها أن يدل أفى وعليها فيلزم نصب دين وعليها كتب ط ، والمراد أن الصك صحيح ، يعنى إذا أقر بما فيه عمل به وليس له نقضه إلا بمسوغ (قوله وكذا لو لم يذكره فى الفتوى) أى فى السؤال الذى رفع ليكتب عليه أو يجاب عنه أى فلا يجب على المفتى البحث ط (قوله والموصى له بمبلغ من التركة كوارث) صورتها : رجل أوصى لرجل بعبد أو دار فترك ابنا وابنة فصالح الابن والابنة الموصى له بالعبد على مائة درهم . قال أبو يوسف ، إن كانت المائة من مالهما غير الميراث كان العبد بينهما نصفين ، وإن صالحاه من المال الذى ورثاه عن أبيهما كان المال بينهما أثلاثا لأن المائة كانت بينهما أثلاثا .

وذكر الخصاف فى الحيل أن الصلح إن كان عن إقرار كان العبد الموصى به بينهما نصفين ، وإن كان عن إنكار فعلى قدر الميراث ، وعلى هذا بعض المشايخ ، وكذلك فى الصالح عن الميراث ، كذا فى قاضيخان (قوله من مسئلة التخارج) أى بتفاصيلها (قوله صالحوا الخ) أقول : قال فى البزازية فى الفصل السادس من الصالح ولو ظهر فى التركة دين بعد التخارج لا رواية فى أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا ، ولقائل أن يقول يدخل، ولقائل أن يقول لا اه . ثم قال بعد نحو ورقتين : قال تاج الإسلام وبخط صدر الإسلام وجدته : صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما ثم ظهر فى التركة شىء لم يكن وقت الصلح لارواية فى جواز الدعوى . ولقائل أن يقول بجواز دعوى حصته منه وهو الأصح . ولقائل أن يقول لا .

وفى المحيط : لو أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه وإن أقروا بالتركة أمروا

أشهرهما لا) بل بين الكل . والقولان حكاهما فى الخانية مقدما لعدم الدخول . وقد ذكر فى أول فتاواه أنه يقدم ما هو الأشهر فكان هو المعتمد كذا فى البحر .

قلت : وفى البزازية أنه الأصح ولا يبطل الصلح . وفى الوهبانية :

وفى مال طفل بالشهود فلم يجز وما يدعى خصم ولا يتنور

بالرد عليه اه كلام البزازية ثم قال بعد أسطر : صالحت : أى الزوجة عن الثمن ثم ظهر دين أو عين لم يكن معلوما للورثة . قيل لا يكون داخلا فى الصلح ويقسم بين الورثة لأنهم إذا لم يعلموا كان صلحهم عن المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول فيكون كالمستثنى من الصلح فلا يبطل الصلح . وقيل يكون داخلا فى الصلح لأنه وقع عن التركة والتركة اسم للكل . فإذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه كان ظاهرا عند الصلح اه .

والحاصل من مجموع كلامه المذكور أنه لو ظهر بعد الصلح فى التركة عين هل تدخل فى الصلح فلا تسمع الدعوى بها أم لاتدخل فتسمع الدعوى ؟ قولان . وكذا لو صدر بعد الصلح إبراء عام ثم ظهر للمصالح عين هل تسمع دعواه فيه قولان أيضا . والأصح السماع بناء على القول بعدم دخولها تحت الصلح فيكون هذا تصحيحا للقول بعدم الدخول . وهذا إذا اعترف بقية الورثة بأن العين من التركة وإلا فلا تسمع دعواه بعد الإبراء كما أفاده ما نقله عن المحيط وإنما قيد بالعين . لأنه لو ظهر بعد الصلح فى التركة دين فعلى القول بعدم دخوله فى الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل . وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح إلا أن يكون مخرجا من الصلح بأن وقع التصريح بالصلح عن غير الدين من أعيان التركة . وهذا أيضا ذكره فى البزازية حيث قال : ثم ما ظهر بعد التخارج على قول من قال من أنه لا يدخل تحت الصلح ، لاخفاء . ومن قال يدخل تحته فكذلك . إن كان عينا لا يوجب فساده . وإن دينا إن مخرجا من الصلح لا يفسد وإلا يفسد اه (قوله أشهرهما لا) وعلى مقابله فإن كان الذى ظهر دينا فسد الصلح كأنه وجد فى الابتداء فيكون هو وغيره بين الكل وإن كان عينا لا اه منح (قوله بل بين الكل) أى بل يكون الذى ظهر بين الكل (قوله قلت وفى البزازية الخ) وفى الثامن والعشرين من جامع الفصولين أنه الأشبه (قوله ولا يبطل الصلح) أى لو ظهر فى التركة عين . أما لو ظهر فيها دين فقد قال فى البزازية إن كان مخرجا من الصلح لا يفسد وإلا يفسد كما سمعته : أى إن كان الصلح وقع على غير الدين لا يفسد . وإن وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح (قوله وفى مال طفل) أى والصلح فى مال الطفل الثابت بالشهود لم يجز إذ لا مصلحة له . ومفهومه . أنه يجوز الصلح حيث لا بينة للطفل . والضمير فى لم يجز إلى الصلح (قوله وما يدعى) عطف على مأخوذ من المقام : أى فلم يجز الصلح فى مال الطفل الثابت بالشهود ولا فيما يدعى خصم ولا يتنور : أى لم ينور دعواه لبينة .

وحاصل المعنى إذا كان لطفل مال بشهود لم يجز الصلح فيه ولم يجز مصالحه من يدعى شيئا على الصغير بدون بينة بمال الصغير . لأن المدعى لم يستحق سوى الاستحلاف . ولا يستحلف الأب ولا الوصى ولا الصبى حال صغره . والأب لا يصح أن يفدى اليمين بمال الصغير ، وإن تبرع الأب بماله صح كالأجنبى . وإذا كان للمدعى بينة يصح الصلح بمال الصغير بمثل القيمة وزيادة يتغابن فيها كالشراء ، وهذه المسائل تجرى فى الأب والجد ووصيهما والقاضى ووصيه . وسواء كان الصلح فى عقار أو عبد أو غيرهما فى الكل أو البعض . وعليه فالصور أربع فيما إذا لم يكن للطفل بينة وحيث كان للخصم بينة . فهذه أربع صور . وأشار المصنف إلى أن الأربعة تجرى

وصح على الإبراء من كل عائب ولو زال عيب عنه صالح يهدر
ومن قال إن تحلف فتبرأ فلم يجز ولو مدع كالأجنبي يصور

مع الأب والجد والوصي من جهة الأب أو الجد، ومن جهة الوصي أو من جهة أحدهما أو القاضي أو وصي القاضي فيبلغ اثنتين وثلاثين مسئلة، وسواء كان الصلح في عقار أو عبد أو غيرهما فيبلغ ستة وتسعين. وسواء كان في الجميع أو البعض فيبلغ مائة واثنين وتسعين حكما كل ذلك مما ذكره صاحب المبسوط.

قلت: بقي عليه وصي الأم في تركتها ووصيه والأخ. قال في المبسوط: وصلح وصي الأم والأخ مثل صلح وصي الأب في غير العقار، فيبلغ أضعاف ذلك كما في شرح الوهبانية لابن الشحنة، وتمامه فيه (قوله وصح على الإبراء عن كل عائب) الضمير في صح يعود إلى الصلح، يعني جاز الصلح عن البراءة من كل عيب، لأن الإبراء عن العيب بلا بدل صحيح فكذلك معه، كما لو سمى عيبا معلوما لأنه إسقاط الحق. ولو قال اشتريت منك العيوب بكذا لم يصح ط؛ وهذا البيت للعلامة عبد البر ذكره بعد أبيات بعد البيت الأول (قوله ولو زال عيب) أي لو صالحه على عيب في المبيع ودفع له بدلا عن الصلح ثم زال العيب بطل الصلح ويسترد البدل ويسقط عنه إن لم يكن دفعه لعود السلامة، وكذا كل عيب زال كطلاق المشتراة، أو لم يوجد يرد بدله كعدم الحبل، وكما لو ظهر الدين على غير المصالح يرد بدله كما في الشرنبلالية (قوله ومن قال) أي لو ادعى عليه شيئا فأنكر فقال له إن تحلف على عدم ثبوت هذا الحق عليك فأنت بريء منه لم تجز هذه البراءة لعدم جواز تعليقها بالشرط، فإن كان حلف عند غير القاضي له أن يحلفه عند القاضي؛ ولو أقام بينة قبلت، وإن عجز أعاد اليمين عليه (قوله ولو مدع) لو للوصل: أي لو قال للمدعي إن حلفت على ما تدعيه فهو لك فحلف لا يستحق المدعي (قوله كالأجنبي) خبر لمبتدإ محذوف أي وما ذكر من المدعى عليه والمدعي كالأجنبي حال كونه يصور أي لو قال له إن حلف فلان الأجنبي فلك ما تدعيه أو أنت بريء مما ادعى عليك فحلف الأجنبي لا يبرأ.

والحاصل أنه اشتمل هذا البيت على ثلاث مسائل من قاضيخان.

الأولى: اصطلحا على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء فحلف أن ماله قبله شيء فالصلح باطل.

الثانية: اصطلحا على أنه إن حلف المدعي على دعواه فالمدعى عليه يكون ضامنا لما يدعي فالصلح باطل، فلا يجب المال على المدعى عليه.

الثالثة: اصطلحا على أنه إن حلف فلان وهو غير الطالب فالمال على المدعى عليه كان باطلا فلا يلزمه المال وهي المفادة بقوله كالأجنبي وهذه المسائل تقدمت في كتاب الدعوى.

[خاتمة] نسأل الله حسنها. في البحر عن مجموع النوازل: وقع بين امرأة وزوجها مشاجرة فتوسط المتوسطون بينهما للصلح فقالت لا أصالحه حتى يعطيني خمسين درهما يحل لها ذلك لأن لها عليه حقا من المهر وغيره اهـ. قال الحموي نقلا عن المقدسي قلت: هذه دعوى لا دليل عليها فقد يكون لا شيء لها وتطلب ذلك اهـ.

وأقول: ما ذكره في مجموع النوازل من أنه يحل لها الأخذ مفروض فيما إذا وافقها الزوج بأن أعطاها ما طلبت بطريق الصلح، وحينئذ لا يتوقف الأخذ على أن يكون لها شيء عليه إذ ليس هو بأدنى مما سبق التصريح به من أن الصلح يجوز ولو عن إنكار، وقدمنا عن الزيلعي التصريح بأنه يحل للمدعي أخذه لأنه في

. . . .

زعمه عين حقه أو بدله وإن كان المدعى عليه يزعم أنه لا شيء عليه ومع هذا حل له الدفع أيضا للشر عن نفسه وحينئذ فقوله لأن لها عليه حقا من المهر وغيره إنما ذكره تحسينا للظن بها لا لأنه شرط لجواز الصلح أبوالسعود.

وفي البحر عن الخلاصة : ولو استقرض من رجل دراهم بخارية ببخارى أو اشترى سلعة بدراهم بخارية ببخارى فالتقيا ببلدة لا يوجد بها البخارية ، قالوا : يؤجل قدر المسافة ذاهبا وجائيا ويستوثق منه بكفيل .

وفيه عنها : إذا أقر الوصي أن عنده ألف درهم للميت وللميت ابنان فصالح أحدهما من حقه على أربعمائة لم يجز ، وإن كان استهلكها ثم صالحهما جاز اه . ولو صالح امرأته من نفقتها سنة على حيوان أو ثوب سمى جنسه جاز مؤجلا وحالا ، بخلاف مالو صالحها بعد الفرض أو بعد تراضيهما عن النفقة لايجوز ، كذا في محيط السرخسي .

ولو صالحته عن أجر رضاع الصبي بعد البينونة كان جائزا ، ثم ليس لها أن تصالح بما ثبت لها من دراهم الأجر على طعام بغير عينه كذا في المبسوط .

رجل صالح امرأته المطلقة من نفقتها على دراهم معلومة على أن لايزيدها عليها حتى تنقضي عدتها وعدتها بالأشهر جاز ذلك ، وإن كان عدتها بالحيض لايجوز لأن الحيض غير معلوم ، قد تحيض ثلاث حيض في شهرين وقد لاتحيض عشرة أشهر . كذا في فتاوى قاضيخان .

لو صالحت مع زوجها من نفقتها مادامت زوجة له على مال لايجوز .

لو كانت امرأته مكاتبة أو أمة قد بوأها المولى بيتا فصالحها على دراهم مسماة من النفقة والكسوة لكل سنة جاز ذلك، وكذلك لو صالح مولى الأمة . فلو لم يكن بوأها المولى بيتا لم يجز هذا الصلح . وكذلك إن كانت المرأة صغيرة لايستطيع الزوج أن يقربها فصالح أباها عن نفقتها لم يجز ، وإن كانت كبيرة والزوج صغير فصالح أبوه عن النفقة وضمن جاز . وإذا صالح الفقير امرأته على نفقة كثيرة في الشهر لم يلزمه إلا نفقة مثلها كذا في المبسوط .

لو صالح على نفقة المحارم ثم ادعى الإعسار صدق وبطل الصلح كذا في التاترخانية .

إذا صالح الرجل بعض محارمه عن النفقة وهو فقير لم يجبر على إعطائه إن أقروا أنه محتاج، فإن لم يعرف حاله وادعى أنه فقير فالقول قوله ، ويبطل عنه ماصالح عليه إلا أن تقوم بينة أنه موسر فيقضى بالصلح عليه ، ونفقة الولد الصغير كنفقة الزوجة من حيث أن اليسار ليس بشرط لوجوبها . فالصلح فيه يكون ماضيا ، وإن كان الوالد محتاجا ، فإن كان صالح على أكثر من نفقتهم بما يتغابن الناس فيه أبطلت الفضل عنه . وكذلك الصلح في الكسوة للحاجة ، والمعتبر فيه الكفاية كالنفقة .

لو صالح امرأته من كسوتها على درع يهودي ولم يسم طوله وعرضه ورفعته جاز ذلك ، وكذلك كسوة القرابة .

ولو صالح رجل أخاه وهو صحيح بالغ على دراهم مسماة لنفقته وكسوته كل شهر لم يجبر ذلك ولم يجبر عليه كذا في المبسوط .

إن صالحت المبانة زوجها عن سكناها على دراهم لايجوز كذا في فتاوى قاضيخان .

إذا صالح امرأته من نفقتها وكسوتها لعشر سنين على وصيف وسط إلى شهر أو لم يجعل له أجلا فهو جائز كذا في المبسوط .

. . . .

سئل الحسن بن على عمن ادعى على آخر فسادا فى البيع بعد قبض المبيع ولم يتهيأ له إقامة البينة فصولح بينهما عن دعوى الفساد على دنانير هل يصح الصلح ؟ فقال لاقيل : ولو وجد بينة بعد الصلح هل تسمع البينة ؟ فقال نعم ، كذا فى التاترخانية ناقلا عن اليتيمة . وفى حكم الرد بالعيب المصالح عليه كالبيع يرد بالعيب اليسير والفاحش ويرجع فى الدعوى إن كان رده بحكم أو غير حكم كذا فى المبسوط .

لو وجد بما وقع عليه الصلح عيبا فلم يقدر على رده لأجل الهلاك أو لأجل الزيادة أو لأجل النقصان فى يد المدعى فإنه يرجع على المدعى عليه بحصة العيب ، فإن كان الصلح عن إقرار رجع بحصة العيب على المدعى عليه فى المدعى ، وإن كان عن إنكار رجع بحصة العيب على المدعى عليه فى دعواه ، فإن أقام البينة أو حلفه فنكل استحق حصة العيب منه ، فإن حلفه فحلف فلا شىء عليه كذا فى السراج الوهاج .

لو اشترى جارية فولدت عند المشترى ثم وجدها عوراء وأقر البائع أنه دلسها له فصالحه على أن يردها وولدها وزيادة ثوب على أن يرد عليه الآخر الثمن فهو جائز ، وكذلك هذا فى نقض بناء الدار وزيادة بنائها هكذا فى المبسوط .

ادعى عيبا فى جارية اشتراها وأنكر البائع فاصطلحا على مال على أن يبرئ المشترى البائع من ذلك العيب ثم ظهر أنه لم يكن بها عيب أو كان ولكنه قد زال فللبائع أنه يسترد بدل الصلح كذا فى الفصول العمادية .

اشترى رجلان شيئا فوجدا به عيبا فصالح أحدهما فى حصته جاز وليس للآخر أن يخاصم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما لآخر على خصومته ، لأن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لو أبرأ أحدهما عن حصته بطل حق الآخر خلافا لهما كذا فى محيط السرخسى .

إذا اشترى ثوبين كل واحد بعشرة دراهم وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيد فى ثمن الآخر درهما فالرد جائز ، وزيادة الدرهم باطلة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذا فى الحاوى .

لو قال لجارية أنت أمتى وقالت لابل أنا حرة وصالحها من ذلك على مائة درهم فهو جائز ، فإن أقامت البينة أنها كانت أمته أعتقها عام أول أو أنها حرة الأصل من الموالى أو من العرب حرة الأبوين رجعت بالمائة عليه ، ولو أقامت البينة أنها كانت أمة لفلان فأعتقها عام أول لم أقبل ذلك منها ولم ترجع بالمائة كذا فى المبسوط .

إذا ادعى دارا فى يد رجل وأنكر المدعى عليه فصالحه المدعى على دراهم ثم أقر المدعى عليه فأراد المدعى أن ينقض صلحه وقال إنما صالحتك لأجل إنكارك ليس له أن ينقض الصلح كذا فى المحيط .

لو ادعى فى بيت رجل حقا فصالحه المدعى عليه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة ذكر فى الكتاب أنه يجوز . وقال بعض المشايخ : هذا إذا كان السطح محجرا ، فإن لم يكن محجرا لايجوز الصلح ، كما لايجوز إجارة السطح . وقال بعضهم : يجوز الصلح على كل حال ، كذا فى الظهيرية .

اختصم رجلان فى حائط فاصطلحا على أن يكون أصله لأحدهما وللآخر موضع جذوعه وأن يبنى عليه حائطا معلوما ويحمل جذوعا معلومة لايجوز كذا فى محيط السرخسى .

إذا اختصم رجلان فى حائط فاصطلحا على أن يهدماه وكان مخوفا وأن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه والنفقة عليهما على قدر ذلك ، وعلى أن يحملا عليه من الجذوع بقدر ذلك فهو جائز كذا فى الحاوى .

. . . .

إذا وقع الصلح من دعوى الدار على دراهم وافترقا قبل قبض بدل الصلح لا ينتقض الصلح كذا في المحيط .

إذا كان لإنسان نخلة في ملكه فخرج سعفها إلى دار جاره فأراد الجار قطع السعف فصالحه رب النخلة على دراهم مسماة على أن يترك النخلة فإن ذلك لا يجوز ، وإن وقع الصلح على القطع ، فإن أعطى صاحب النخلة جاره دراهم ليقطع كان جائزا وأنه أعطى الجار دراهم لصاحب النخلة ليقطع كان باطلا .

رجل اشترى دارا لها شفيع فصالح الشفيع على أن يعطى للشفيع دراهم مسماة ليسلم الشفيع الشفعة بطلت الشفعة ولا يجب المال ، وإن كان أخذ المال رده على المشترى كذا في فتاوى قاضيخان .

ولو صالح المشترى مع الشفيع على أن أعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فهو جائز كذا في المبسوط ، وإن صالح على أن يأخذ نصف المشترى أو ثلثه أو ربعه على أن يسلم الشفعة في الباقي كان جائزا ، فإن وجد هذا الاصطلاح منهما بعد تأكد حق الشفيع بطلب المواثبة وطلب الإشهاد فإنه يصير آخذا للنصف بالشفعة حتى لا يتجدد فيما أخذ بالشفعة مرة أخرى ويصير مسلم الشفعة في النصف ، حتى لو كان هذا الشفيع شريكا في المبيع أو في الطريق كان للجار أن يأخذ النصف الذي لم يأخذه هذا الشفيع بالشفعة ، وإن كان هذا الاصطلاح قبل وجود الطلب من الشفيع فإنه يصير آخذا للنصف بشراء مبتدإ ويتجدد فيما أخذ الشفعة هكذا في المحيط .

لو صالح المشترى الشفيع على أن يسلم الشفعة على بيت من الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باطل ، وهذا إذا كان الصلح بعد تأكد حقه بالطلب فأما قبل الطلب بطلت الشفعة كذا في محيط السرخسي .

إذا ادعى رجل شفعة في دار فصالحه المشترى على أن يسلم له دارا أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لا يجوز كذا في المبسوط .

رجل قتل رجلا عمدا وقتل آخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد ، ولو صالح أولياءهما على ديتين أو أقل منهما كان بينهما نصفين كذا في محيط السرخسي وبدل الصلح في دم العمد جار مجرى المهر ، فكل جهالة تحملت في المهر تتحمل هنا ، وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح ، وعند فساد التسمية يسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية ، نحو أن يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح إلا أنهما يفترقان من وجه ، وهو أنه إذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل . ولو صالح عن دم العمد على خمر لا يجب شيء كذا في الكافي . وفي الخطأ تجب الدية كذا في الاختيار شرح المختار . ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز كالخلع كذا في الاختيار .

جرح رجلا عمدا فصالحه لا يخلو . إما إن برئ أو مات منها ، فإن صالحه من الجراحة أو من الضربة أو من الشجة أو من القطع أو من اليد أو من الجناية لا غير جاز الصلح إن برئ بحيث بقي له أثر ، وإن برئ بحيث لم يبق له أثر بطل الصلح ، فأما إذا مات من ذلك بطل الصلح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ووجبت الدية خلافا لهما ، وإن صالحه عن الأشياء الخمسة وما يحدث منها فالصلح جائز إن مات منها ، وأما إذا برئ منها ذكر ههنا أن الصلح جائز وذكر في الوكالة لو أن رجلا شج رجلا موضحة فوكل إنسانا ليصالح عن الشجة وما يحدث منها إلى النفس ، فإن مات كان الصلح من النفس ، وإن برئ يجب تسعة أعشار المال ونصف عشره

ويسلم للمشجوج نصف عشر المال . وقال عامة مشايخنا اختلفا لاختلاف الوضع ، فإن الوضع ثمة أنه صالح عن الجراحة وعما يحدث منها إلى النفس وهو معلوم فأمكن قسمة البدل على القائم والحادث جميعا ، وههنا صالحه عن الجراحة ، وكل مايحدث منها وهو مجهول قد يحدث وقد لايحدث ، وإذا حدث لايدرى أى قدر يحدث فتعذر قسمة البدل على القائم والحادث فصار البدل كله بإزاء القائم . وأما إذا صالحه عن الجناية يجوز الصلح فى الفصول كلها إلا إذا برئ بحيث لم يبق له أثر كذا فى محيط السرخسى .

رجل قتل عمدا وله ابنان فصالح أحدهما عن حصته على مائة درهم فهو جائز ولا شركة لأخيه فيها ، ولو كان القتل خطأ فصالحه أحدهما على مال كان لشريكه أن يشاركه فى ذلك إلا أن يشاء المصالح أن يعطيه ربع الأرش هكذا فى المبسوط .

فى المنتقى عن ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله قال فى رجل قطع يمين رجل فصالحه المقطوع يده على أن يقطع يسار القاطع فقطعه فهذا عفو عن الأول ، ولا شئ على قاطع اليسار ولا شئ له على قاطع اليمين ، وإن اختصما قبل أن يقطع يساره وقد صالحه على ذلك فليس له أن يقطع يساره ولكن يرجع بدية يمينه ، وإن صالحه على أن يقطع يد القاطع ورجله أو على أن يقتل عبد القاتل ، إن قطع يده ورجله رجع عليه بدية رجله ، وإن قتل عبده فله عليه قيمة عبده مقاصة منها بدية يده ويترادان الفضل . ولو صالح على أن يقطع يد هذا الحر أو على أن يقتل عبد فلان ففعل يغرم دية الحر الآخر وقيمة عبده ويرجع المقطوع يده على القاطع بدية يده كذا فى محيط السرخسى .

إذا كان فى الديوان عطاء مكتوب باسم رجل فنازعه فيه آخر وادعى أنه له فصالحه المدعى عليه على دراهم أو دنانير حالة أو إلى أجل فالصلح باطل ، وكذلك لو صالحه على شيء بعينه فهو باطل كذا فى المبسوط .

له عطاء فى الديوان مات عن ابنين فاصطلحا على أن يكتب فى الديوان باسم أحدهما ويأخذ العطاء والآخر لاشيء له من العطاء ويبذله من كان له العطاء مالا معلوما فالصلح باطل ويرد بدل الصلح والعطاء للذى جعل الإمام العطاء له كذا فى الوجيز للكردرى .

مطلب لا يصح صلح وكيل الخصومة

الوكيل بالخصومة إذا صالح لايصح ، بخلاف ما إذا أمر كذا فى متفرقات الذخيرة .

لايجوز التصرف فى بدل الصلح قبل الصلح إذا كان منقولا ، فلا يجوز للمدعى بيعه وهبته ونحو ذلك ، فإن كان عقارا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى .

لاينبغى للقاضى أن يباشر الصلح بنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره من المتوسطين ، وسبيل القاضى أن لايبادر فى القضاء بل يرد الخصوم إلى الصلح مرتين أو ثلاثا إذا كان يرجو الإصلاح بينهم بأن كانوا يميلون إلى الصلح ولا يطلبون القضاء لا محالة ، فأما إذا طلبوا القضاء لامحالة وأبوا الصلح ، إن كان وجه القضاء ملتبسا غير مستبين للقاضى أن يردهم إلى الصلح . أما إذا كان وجه القضاء مستبينا ، فإن وقعت الخصومة بين أجنبيين يقضى بينهم ولا يردهم إلى الصلح حين أبوا ، وإن وقعت الخصومة بين أهل قبيلتين أو بين المحارم يردهم إلى الصلح مرتين أو ثلاثا ، وإن أبوا الصلح هكذا فى الذخيرة .

الكفيل بالنفس إذا صالح على مال على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل ، وهل تبطل الكفالة فيه روايتان . فى رواية تسقط هكذا فى البدائع وبه يفتى كذا فى الذخيرة اه والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

كتاب المضاربة

(هى) لغة مفاعلة من الضرب فى الأرض وهو السير فيها . وشرعا (عقد شركة فى الربح بمال من جانب)

كتاب المضاربة

قال منلا مسكين : هى كالمصالحة من حيث أنها تقتضى وجود البدل من جانب واحد اه . قال الحموى : وفيه تأمل لأن الصلح إذا كان عن مال بإقرار يكون بيعا والبيع يقتضى وجود المبادلة من الجانبين اه . وأجاب عنه أبو السعود عن شيخه بأنه يكفى فى بيان وجه المناسبة اشتراك المضاربة والصلح فى الوجود الصورى وباعتباره يكون قاصرا على المصالح عليه ، ولا شك أن وجوده من جانب واحد كرأس مال المضاربة . وأما اعتبار الصلح عن مال بإقرار بيعا فبالنظر إلى المعنى كما لايخفى اه أى أنه لايلزم فى المناسبة أن تكون من كل الوجوه وقد اعتبرت هنا فى قسمين من الصلح الصلح عن إنكار أو سكوت (قوله هى مفاعلة) لكونها على غير بابها (قوله وهو السير فيها) قال الله تعالى — وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله — يعنى يسافرون للتجارة ، وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير فى الأرض غالبا لطلب الربح ، ولهذا قال الله تعالى — يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله — وهو الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة ، وهو مشتق من القرض لأن صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل . وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الآية ، وهى مشروعة لشدة الحاجة إليها من الجانبين ، فإن من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدى إلى التصرف ، ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم ، فإنه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فأقرهم عليها وتعاملتها الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، ألا ترى إلى مايروى « أن عباس ابن عبد المطلب كان إذا دفع مالا مضاربة شرط عليه أن لايسلك به بحرا ولا ينزل واديا ولا يشترى ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه » فصارت مشروعة بالسنة والإجماع كذا ذكره الزيلعى . ووجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على الاسترباح . أما المضاربة فإن مبناها على هذا . وأما الصلح فإن المصالح من المدعى عليه مستربح سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت عينى (قوله وشرعا عقد شركة) قال فى النهاية : ومن يحذو حذوه أنها دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ماشرطا . ورجح البرجندى هذا التعريف ، وضعفه صاحب التكملة بأن المضاربة ليست الدفع المذكور ، بل هى عقد يحصل قبل ذلك أو معه . ثم عقد الشركة فى الربح لايستلزم وجود الربح ، فلا يرد عليه أنه قد لايوجد الربح أصلا ، وخروج الفاسدة عن التعريف لايقدح فيه لأنها تنقلب حينئذ إلى الإجارة كذا أفاده المنلا عبد الحليم (قوله فى الربح) وإن لم يشتركا فى الربح خرج العقد إلى البضاعة أو القرض .

قال فى البحر : فلو شرط الربح لأحدهما لاتكون مضاربة اه ، ويجوز التفاوت فى الربح ، وإذا كان المال من اثنين فلا بد من تساويهما فيما فضل من الربح ، حتى لو شرط لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فيما فضل فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى رأس المال اه كما يأتى (قوله بمال من جانب الخ) أى هذا مسمى المضاربة ، وأما كونه إيداعا ابتداء فليس هو مفهوما لها بل هو حكمها كما ذكره ، لأنه ترك ماله فى يد غيره لا على طريق الاستبدال ولا الوثيقة فيكون أمانة ، فهو داخل فى معنى الوديعة وليس هو مسمى عقد المضاربة ، فإذا عمل فيه كان عاملا فيه بإذن مالكه ، وهو معنى الوكيل له فلذلك كان من حكمها أنها توكيل مع العمل ، فإن ربح

رب المال (وعمل من جانب) المضارب .
(وركنها الإيجاب والقبول . وحكمها) أنواع لأنها (إيداع ابتداء) .

كان شريكا لأنها قد عقدت بمال من جانب رب المال وعمل من جانب الآخر على أن يكون الربح بينهما ، فلما حصل الربح كان له نصيب منه فكانت شركة حينئذ وغصب إن خالف لأنه تصرف فى ماله بغير إذنه حيث خالف ماشرط عليه وخرجت حينئذ عن كونها مضاربة فلذا لاتعود وإن أجاز رب المال ، لأن عقد المضاربة قد انفسخ بالمخالفة والمفسوخ لاتلحقه الإجازة ، وإجارة فاسدة إن فسدت لأن الربح إنما يستحق بعقد المضاربة ، فإذا فسدت لايستحق شيئا منه ولذا قال فلا ربح للمضارب لكنه عمل فى ماله بإذنه غير متبرع فيكون إجارة فلذا وجب أجر مثله ربح أولا كما هو حكم الإجارة ، وإنما كانت فاسدة لعدم وجود العقد الصحيح المفيد الإجارة ، وبهذا التقرير اندفع ما أورده صدر الشريعة تأمل (قوله وعمل من جانب المضارب) لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلا ، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة درر وهو أى عمل بالرفع كذا ضبطه الشرح اه شلبى فيكون عطفا على قوله عقد فيقتضى أن حقيقتها العقد والعمل وهو ينافى مابعد من قوله وركنها الخ فلو كان مجرورا عطفا على مال والجار والمجرور فى قوله بمال متعلق بمحذوف تقديره وتكون لكان وجيها .

فالأولى أن يقول وهى عبارة عن عقد على الشركة فى الربح بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما فعل فى الهندية ، وهو مؤيد ماقلنا كما فى ط .

وإنما قيد الشارح بالمضارب لأنه لو اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت كما سيصرح به المصنف فى باب المضارب يضارب ، وكذا تفسد لو أخذ المال من المضارب بلا أمره وباع واشترى به ، إلا إذا صار المال عروضا فلا تفسد لو أخذه من المضارب كما سيأتى فى فصل المتفرقات (قوله وركنها الإيجاب والقبول) قال الحموى فى شرحه : وركنها اللفظ الدال عليها كقوله دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن لك من الربح نصفه أو ثلثه أو قال ابتع به متاعا فما كان من فضل فلك منه كذا أو خذ هذا بالنصف ، بخلاف خذ هذا الألف واشتر هرويا بالنصف ولم يزد عليه فليس مضاربة بل إجارة فاسدة له أجر مثله إن اشترى وليس له البيع إلا بأمر اه ويقول المضارب قبلت أو مايؤدى هذا المعنى اه قاضى زاده (قوله وحكمهما أنواع) لكنها بأنظار مختلفة. قال المنلا عبد الحليم : قوله : وحكمها أنواع :

الأول : أقول : اللائق أن يدرج فى غيره أيضا قولنا الثانى والثالث وغيرهما كما أدرج فى قوله وشرطها وعد الأنواع المذكورة أحكامها بناء على أن حكم الشىء مايثبت به ويبتنى عليه ، ولا خفاء فى أنه يراعى ذلك فى كل حكم منها فى وقته ، فلا يرد عليه أن معنى الإجارة والغصب ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يجعل حكما من أحكامها ، ومن هذا يظهر حسن سبك المصنف فى تحرير المتن حيث قال وأما دفع المال الخ لأن الإبضاع والإقراض لم يبتنيا على هذا العقد بل يفترقان عنه أول الأمر كما لايخفى اه (قوله لأنها إيداع ابتداء) لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة إلى آخر ماقدمناه قريبا ، ولو حذف قوله لأنها ويكون قوله إيداع بدلا مما قبله ماضره ، وقوله ابتداء ظاهره أنها لاتكون فى البقاء كذلك مع أنها تكون أمانة فيه فحكم الابتداء والبقاء سواء .

ومن حيل الضمان أن يقرضه المال إلا درهما ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على أن يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط ، فإن هلك فالقرض عليه (وتوكيل مع العمل) لتصرفه بأمره (وشركة إن ربح ،

فإن قيل : أراد الإيداع حقيقة وهي في البقاء أمانة قلنا : هذا غير ظاهر فتدبر ط . قال الخير الرملي : سيأتي أن المضارب يملك الإيداع في المطلقة مع ما تقرر أن المودع لا يودع ، فالمراد في حكم عدم الضمان بالهلاك وفي أحكام مخصوصة لا في كل حكم فتأمل (قوله ومن حيل الضمان الخ) ليست هذه حيلة في المضاربة بل قد خرج العقد إلى الشركة في رأس المال .

وذكر الزيلعي حيلة أخرى أيضا فقال : وإذا أراد رب المال أن يضمن المضارب بالهلاك يقرض المال منه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يبضع المضارب كما في الواقعات . وذكر هذه الحيلة القهستاني ، وفيه نظر لأنها تكون شركة عنان شرط فيها العمل على الأكثر مالا وهو لا يجوز ، بخلاف العكس فإنه يجوز كما ذكره في الظهيرية في كتاب الشركة عن الأصل للإمام محمد تأمل ؛ وكذا في شركة البزازية حيث قال : وإن لأحدهما الألف وللآخر ألفان واشتركا واشترطا العمل على صاحب الألف والربح أنصافا جاز ؛ وكذا لو شرطا الربح والوضيعة على قدر المال والعمل من أحدهما بعينه جاز ، ولو شرطا العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا لأن ذا الألف شرط لنفسه بعض ربح الآخر بغير عمل ولا مال ، والربح إنما يستحق بالعمل أو المال أو بالضمان اهـ ملخصا ، لكن في مسألة الشارح شرط العمل على كل منهما لا على صاحب الأكثر فقط وهو صحيح سالم من الفساد كما سيصرح به .

والحاصل أن المفهوم من كلامهم أن الأصل في الربح أن يكون على قدر المال كما قدمناه عن البحر إلا إذا كان لأحدهما عمل فيصح أن يكون أكثر ربحا بمقابلة عمله ، وكذا لو كان العمل منهما يصح التفاوت أيضا تأمل (قوله ثم يعقد شركة عنان) وهي لا يلزمها أن يكون الربح فيها على قدر المال فلهما أن يتفقا على مناصفة الربح ح (قوله على أن يعملا) ذكره لأنه لو شرط العمل على أحدهما فسدت كما مر فيها والمفسد اشتراط عمل أحدهما لا الإطلاق (قوله ثم يعمل المستقرض فقط) أي بطيب نفس منه لا بشرط عليه لأن شرط الشركة أن يكون العمل عليهما كما قال على أن يعملا ، لكن الشرط إنما هو اشتراط العمل عليهما لا وجوده منهما ، فإن العمل لا يتأتى من اثنين عادة فيصح أن ينفرد أحدهما به بعد أن شرط عليهما كما هو مقتضى عقد الشركة ويكون الربح بينهما على حسب الشرط ، لأن كلا منهما وكيل بما يعمله عن صاحبه فيقع شراء كل لهما بالأصالة عن نفس المباشر ، وبالوكالة عن شريكه لأن الشركة تتضمنها ويكون الربح على حسب الشرط كما تقدم في بابها (قوله وتوكيل مع العمل) حتى يرجع بما لحقه من العهدة عليه منح ، كما لو رد على المضارب بالعيب ولم يوجد ما يؤدى ثمنه من مال المضاربة أو استحق في يد المشترى ورجع على المضارب بثمنه ولم يوجد ما يؤديه فأدى من مال نفسه يرجع إلى رب المال ، هذا ما ظهر لي وكما سيجيء من قوله شرى عبدا بألفها وهلك الألف قبل نقده دفع المال ثمنه ثم وثم ، يعني يرجع المضارب بالثمن على المالك .

وأقول هذه الوكالة ضمنية كما في وكالة الشركة كما ذكرنا فشملت وكالة بمجهول الجنس وجازت ، بخلاف الوكالة القصدية فإنها لم تجز وكالة بمجهول الجنس نحو التوكيل بشراء ثوب ونحوه على ما مر (قوله وشركة إن ربح) لأن الربح حصل بالمال والعمل فيشتركان فيه منح .

وغصب إن خالف وإن أجاز) رب المال (بعده) لصيرورته غاصبا بالمخالفة (وإجارة فاسدة إن فسدت فلا ربح) للمضارب (حينئذ بل له أجر مثل عمله مطلقا) ربح أولا (بلا زيادة على المشروط) خلافا لمحمد

أقول ، بل تكون شركة بمجرد الشراء ، ألا ترى أنه ليس لرب المال فسخها بعده ، ولو كانت وكالة لكان له فسخها حينئذ وأخذ البضاعة ، نعم استحقاقه لشيء من المال موقوف على ظهور الربح ولذا لو عتق عبد المضاربة لايعتق ما لم يتحقق الربح تأمل (قوله وغصب إن خالف) لتعديه على مال غيره فيكون ضامنا واستشكل قاضي زاده عد الغصب والإجارة من أحكامها لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ؛ ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن يجعلا من أحكامها وحكم الشيء ما يثبت به ، والذي يثبت بمنافيه لا يثبت به قطعا .

فإن قلت : قد صلحا أن يكونا حكما للفاسدة . قلنا : الأركان والشروط المذكورة هنا للصحيحة فكذا الأحكام على أن الغصب لا يصح حكما للفاسدة لأن حكمها أن يكون للعامل أجر عمله ولا أجر للغاصب اه مختصرا ط ، ولا تنس ماقدمناه عند قوله بمال من جانب الخ (قوله وإن أجاز رب المال بعده) حتى لو اشترى المضارب مانهى عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم أجاز رب المال لم يجز منح فيضمن بالغصب ويكون الربح بعد ما صار مضمونا عليه له ولكن لا يطيب له عندهما . وعند الثاني يطيب له كالغاصب والمودع إذا تصرفا وربحا فإنهما على الخلاف المذكور اه شلبي عن الغاية . وفي سري الدين عن الكافي أنه بعد الإجازة يكون كالمستبضع ، يعني أن البضاعة وديعة في يده ، وإذا خالف ينقلب إلى الغصب ولو أجاز بعده اه وفيه مخالفة لما هنا كالمخالفة ، وينبغي اعتماد ما هنا ط بزيادة (قوله لصيرورته غاصبا بالمخالفة) فيه تعليل الشيء بنفسه (قوله بل له أجر مثل عمله مطلقا) وهو ظاهر الرواية قهستاني لأنه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب أجر المثل . وعن أبي يوسف إن لم يربح فلا أجر له وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة شيخنا عن ابن الغرس على الهداية اه أبو السعود .

وفي الهداية : وعن أبي يوسف إذا لم يربح لا يجب الأجر اعتبارا بالمضاربة الصحيحة اه . اتفق الشراح على صحة هذا التعليل لأن الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه أبدا كما في البيع الفاسد ، ولكن تصدوا في الجواب عنه بأنه نعم كذلك إذا كان انعقاد الفاسد كانعقاد الصحيح كما في المنبع ، وهنا ليس كذلك لأن المضاربة الصحيحة تنعقد شركة والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة عند إيفاء العمل . ورده صاحب البيانية باعتبار فاسد المضاربة بصحيحها أولى من جعلها إجارة لأنهما رضيا أن يكون للعامل جزء من الربح لو حصل ، وبالحرمان إن لم يحصل ولم يرض رب المال أن يكون في ذمته شيء في مقابلة عمله ، فإيجابه يكون إيجابا بغير دليل ، فهدم الأصل الضعيف أولى من إلغاء التعليل الصحيح هذا (قوله بلا زيادة على المشروط) أي المسمى كما هو حكم الإجارة الفاسدة وقد سر ، وهذا فيما إذا ربح وإلا فلا تتحقق الزيادة ولا يكون له أجر ما لم يربح أو يكن الفساد بسبب تسمية دراهم معينة للعامل لأنه لم يرض حينئذ بالحرمان عند عدم الربح تأمل (قوله خلافا لمحمد) فيه إشعار بأن الخلاف فيما إذا ربح ، وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغا ما بلغ لأنه لا يمكن تقدير بنصف الربح المعدوم كما في الفصولين ، لكن في الواقعات ما قاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح ، وما قاله محمد بأن له أجر المثل بالغا مابلغ فيما هو أعم ذكره الشمني .

وأفاد في الشرنبلالية نقلا عن التبيين وشرح المجمع والخلاصة أن وجوب أجر المثل مطلقا قول محمد ؛ ومعنى الإطلاق ربح أو لم يربح زاد على المسمى أولا وعند أبي يوسف يجب إن ربح وإلا فلا ولا يجاوز

والثلاثة .(إلا فى وصى أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة) كشرطه لنفسه عشرة دراهم (فلا شىء له) فى مال اليتيم (إذا عمل) أشباه ، فهو استثناء من أجر عمله (و) الفاسدة (لا ضمان فيها) أيضا -(كصحيحة) لأنه أمين (ودفع المال إلى آخر مع شرط الربح) كله (للمالك بضاعة) فيكون وكيلا متبرعا (ومع شرطه للعامل قرض) لقلة ضرره .

المشروط اه وحينئذ فيكون مشى فى وجوب الأجر مطلقا على قول محمد ، ومشى فى عدم مجاوزة المشروط على قول أبى يوسف ،

فحاصل ماقاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح ، وما قاله محمد بأن له أجر المثل بالغا ما بلغ فهو أعم كما ذكرنا (قوله إلا فى وصى أخذ مال يتيم مضاربة الخ) ظاهره أن للوصى أن يضارب فى مال اليتيم بجزء من الربح وسيأتى بيانه فى الفروع ، وكلام الزيلعى فيه أظهر ، وأفاد الزيلعى أيضا أن للوصى دفع المال إلى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه أبو السعود ،

قال فى أحكام الصغار : الوصى يملك أخذ مال اليتيم مضاربة ، فإن أخذ على أن له عشرة دراهم من الربح فهذه مرابحة فاسدة ولا أجر له ، وهذا مشكل لأن المضاربة متى فسدت تنعقد إجارة فاسدة ويجب أجر المثل ومع هذا قال لايجب ، لأن حاصل هذا راجع إلى أن الوصى يؤجر نفسه لليتيم وأنه لا يجوز اه ، ومنه يعلم أن الاستثناء الذى ذكره ليس فى عبارة الكتاب المذكور وأنه أسقط من عبارته مابه يتضح الحكم المذكور .

وفى البزازية بعد أن ذكر الاشكال الذى ذكره فى جامع أحكام الصغار قال : والجواب أنه قد برهن على أن المنافع غير مقوّمة وأنه الأصل فيها فلو لزم الأجر لزم إيجاب التقوّم فى غير المتقوم نظرا إلى الأصل وأنه لايجوز فى مال اليتيم والصغير والتقوم بالعقد الصحيح بالنصوص الدالة عليه والنص لم يرد فى الفاسد ، والوارد فى الصحيح لايكون واردا فى الفاسد فى حق الصغير اه ذكره الحموى (قوله كشرطه لنفسه عشرة دراهم) الكاف لتمثيل المضاربة الفاسدة حلبى (قوله فلا شىء له) لأنه من باب إيجار الوصى لنفسه لليتيم وهو لا يجوز كما ذكرنا (قوله فهو استثناء من أجر عمله) لا حاجة إليه لأن المصنف دفع الايهام الذى وقع فيه بقوله فلا شىء له وذلك لأنه يحتمل أن يكون استثناء من قوله بل له أجر مثله أو من قوله بلا زيادة والمؤلف قصد التوضيح (قوله والفاسدة لا ضمان فيها) لأن الفاسد من العقود يأخذ الحكم من الصحيح منها ولأنه عين فى يد أجيره ، ولو تلف بعد العمل فله أجر مثله ، وقيل هذا عند أبى حنيفة ، وعندهما يضمن إذا تلف فى يده بما يمكن التحرز عنه اه ،

وفى النهاية : والمضاربة الفاسدة غير مضمونة بالهلاك ، وذكر ابن سماعة عن محمد أنه ضامن للمال ، فقيل المذكور فى الكتاب قول أبى حنيفة وهو بناء على اختلافهم فى الأجير المشترك إذا تلف المال فى يده من غير صنعه ، وعندهما هو ضامن إذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه وكذلك فى كل مضاربة فاسدة كذا فى المبسوط (قوله كله للمالك بضاعة) هو أن يعمل له متبرعا (قوله فيكون وكيلا متبرعا) أى بعمله حيث لم يشترط له جزءا من الربح (قوله لقلة ضرره) أى القرض بالنسبة للهبة فجعل قرضا ولم يجعل هبة ، لكن فيه اختصار مخل ، وكان عليه أن يقول قرض لا هبة لقلة ضرره . قال فى التبيين : وإنما صار المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكا له لأن

(وشرطها) أمور سبعة (كون رأس المال من الأثمان) كما مر فى الشركة (وهو معلوم) للعاقدين

الربح فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان ، فإذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى .

وقضيته أن لا يرد رأس المال لأن التمليك لا يقتضى الرد كالهبة لكن لفظ المضاربة يقتضى رد رأس المال فجعلناه قرضا لا شتماله على المعنيين عملا بهما ولأن القرض أدنى التبرعين لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطعه عنهما فكان أولى لكونه أقل ضررا اه (قوله سبعة) بضم قوله ومن شروطها .

مطلب لا تصح المضاربة بالفلوس الكاسدة

(قوله كون رأس المال من الأثمان) أى الدراهم والدنانير عندهما ، وبالفلوس النافقة . ولو دفع له عرضا وقال له بعه واعمل مضاربة فى ثمنه فباع بدراهم أو دنانير فتصرف صح ذكره مسكين ، لكن فيه مخالفة لما فى القهستانى عن الكبرى ونصه : فى المضاربة بالتبر روايتان . وعن الشيخين أنها تصح بالفلوس وعند محمد لاتصح وعليه الفتوى اه وإنما جاز فى مسألة ثمن الثوب لأن المضاربة ليس فيها إلا توكيل وإجازة وكل ذلك قابل للإضافة على الإنفراد فكذا عند الاجتماع كما فى الزيلعى ، وإنما اشترط كون رأس المال من الأثمان لأنها شركة عند حصول الربح فلابد من مال تصح به الشركة وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة اه منح. وجوازها بالتبر إن كان رائجا وإلا فهو كالعروض ، فلا تجوز المرابحة عليه إلا إذا بيعت العروض فصارت نقودا فإنها تنقلب مضاربة ، وكذلك الكيلى والوزنى لا يصلح أن يكون رأس المال عندنا خلافا لابن أبى ليلى كما فى النهاية .

وذكر فى تكملة الديرى وما نقله البعض أنه عند مالك تصح بالعروض لا يكاد يصح ، وإنما المنقول عن ابن أبى ليلى أنه يجوز بكل مال وعليه كلام الكاكى اه وقيد فى الدرر بالفلوس النافقة أيضا .

قال فى الهندية : والفتوى على أنه تجوز بالفلوس الرائجة ، كذا فى التاترخانية ناقلا عن الكبرى. ولا يجوز بالذهب والفضة إذا لم تكن مضروبة فى رواية الأصل كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى الكبرى : فى المضاربة بالتبر روايتان ، ففى كل موضع يروج التبر رواج الأثمان تجوز المضاربة هكذا فى التاترخانية والمبسوط والبدائع . وتجوز بالدراهم النبهرجة والزيوف ولا يجوز بالستوقة ، فإن كانت الستوقة تروج فهى كالفلوس ، كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى الحامدية : سئل فيما إذا دفع زيد لعمرو بضاعة على سبيل المضاربة وقال لعمرو بعها ومهما ربحت يكون بيننا مثالثة فباعها وخسر فيها فالمضاربة غير صحيحة ولعمرو أجر مثله بلا زيادة على المشروط اه .

رجل دفع لآخر أمتعة وقال بعها واشتر بها وما ربحت فبيننا نصفين فخسر فلا خسران على العامل ، وإذا طلب صاحب الأمتعة بذلك فتصالحا على أن يعطيه العامل إياه لا يلزمه ، ولو كفل إنسان ببدل الصلح لا يصح ولو عمل هذا العامل فى هذا المال فهو بينهما على الشرط ، لأن ابتداء هذا ليس بمضاربة بل هو توكيل ببيع الأمتعة ، ثم إذا صار الثمن من النقود فهو دفع مضاربة بعد ذلك فلم يضمن أولا لأنه أمين بحق الوكالة ثم صار مضاربا فاستحق المشروط جواهر الفتاوى (قوله كما مر فى الشركة) من أنها لاتصح مفاوضة وعنانا بغير النقدين والفلوس النافقة والتبر والنقرة إن جرى التعامل بهما (قوله وهو معلوم للعاقدين) لئلا يقعا فى المنازعة ولو مشاعا ، لما فى التاترخانية .

(وكفت فيه الإشارة) والقول فى قدره وصفته للمضارب بيمينه والبينة للمالك .
(وأما المضاربة بدين فإن على المضارب لم يجز ، وإن على ثالث

مطلب قرض المشاع جائز

وإذا دفع ألف درهم إلى رجل وقال نصفها عليك قرض ونصفها معك مضاربة بالنصف صح وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز ، ولا يوجد لهذا رواية إلا ههنا . وإذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه ، وإن قال على أن نصفها قرض وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لى جاز ويكره لأنه قرض جر منفعة ، وإن قال على أن نصفها قرض عليك ونصفها مضاربة بالنصف فهو جائز ولم يذكر الكراهية هنا ، فمن المشايخ من قال سكوت محمد عنها هنا دليل على أنها تنزيهية .

وفى الخانية : قال على أن تعمل بالنصف الآخر على أن الربح لى جاز ولا يكره ، فإن ربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما لأن النصف ملكه بالقرض والآخر بضاعة فى يده ، وفى التجريد يكره ذلك .

وفى المحيط : ولو قال على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة لك وقبضها غير مقسومة فالهبة فاسدة والمضاربة جائزة ، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده ضمن النصف حصة الهبة فقط ، وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اه ملخصا ، وتمامه فيه فليحفظ فإنه مهم ، وهذه الأخيرة ستأتى قبيل كتاب الإيداع قريبا من أن الصحيح أنه لا ضمان فى حصة الهبة أيضا ، لأن الصحيح أن الهبة الفاسدة تملك بالقبض اه لكن فيه أن الواهب سلط الموهوب له على قبض ماله فى الهبة المذكورة فكيف يضمن ، وقد أوضح الجواب عنه فى [نور العين] بأن الهبة الفاسدة تنقلب عقد معاوضة فتكون كالمقبوض على حكم البيع الفاسد وهو مضمون اه ، وقوله فإن ربح كان بينهما على السواء : أى ربح جميع الألف بدليل التعليل المذكور .

ولا يشكل هذا على قولهم إن الشرط الموجب انقطاع الشركة يفسدها أى المضاربة به لأنا نقول ما فى الصورة المذكورة بحق نصف الألف هو بضاعة لا مضاربة تأمل (قوله وكفت به) أى فى الإعلام منح (قوله الإشارة) كما إذا دفع لرجل دراهم مضاربة وهو لا يعرف قدرها فإنه يجوز فيكون القول فى قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة للمالك : أى إذا أشار إليها لئلا يقعا فى المنازعة له فى الدرر (قوله والبينة للمالك) أى لو ادعى رب المال أنه دفع إليه ألفين وقال المضارب ألفا فسقط أو ادعى رب المال أنها بيض وقال المضارب سود فالقول للمضارب بيمينه لأنه منكر والبينة لرب المال لأنه مدع (قوله لم يجز) لأن المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه أمينا فيما عليه من الدين أى لأنه لا يبرأ إلا بتسليمه لربه ويكون الربح للمشترى فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : الربح لرب الدين ويبرأ المضارب عن الدين كذا فى الخانية عن العزمية .

قال فى البحر ، وأما المضاربة بدين ، فإن كان على المضارب فلا يصح وما اشتراه له والدين فى ذمته اه والأوجه تأخير هذا عند قوله وكون رأس المال عينا لا دينا بطريق التفريع عليه كما فعل صاحب الدرر (قوله وإن على ثالث) بأن قال اقبض مالى على فلان ثم اعمل به مضاربة ، ولو عمل قبل أن يقبض الكل ضمن ، ولو قال فاعمل به لا يضمن ، وكذا بالواو ، لأن ثم للترتيب فلا يكون مأذونا بالعمل إلا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو ، ولو قال اقبض دينى لتعمل به مضاربة لا يصير مأذونا ما لم يقبض الكل بحر أى فلو عمل قبل أن يقبضه كله ضمن . وبحث فيه بأن القول بأن الفاء كالواو فى هذا الحكم نظر ، لأن ثم تفيد الترتيب والتراخى

جاز وكره) ولو قال اشترلى عبدا نسيئةثم بعه وضارب بثمنه ففعل جاز. كقوله لغاصب أو مستودع أو مستبضع اعمل بما فى يدك مضاربة بالنصف جاز مجتبى (وكون رأس المال عينا لا دينا) كما بسط فى الدرر (وكونه مسلما إلى المضارب)

والفاء تفيد التعقيب والترتيب فينبغى أن لا يثبت الإذن فيهما قبل القبض بل يثبت عقبه ؛ بخلاف الواو فإنها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب وعليه عامة أهل اللغة وأئمة الفتوى تأمل (قوله جاز) لأن هذا توكيل بالقبض وإضافة للمضاربة إلى ما بعد قبض الدين وذلك جائز ، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذى لى عليك حيث لا يجوز للمضاربة لأن المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بدين فى ذمة الوكيل لايصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبى حنيفة فبطل التوكيل بالكلية ، حتى لو اشترى كان للمأمور ، وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما فى ذمة نفسه فلا يتصور المضاربة فيه . وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما فى ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا للآمر ، لكن المشترى عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا اهـ زيلعى .

مطلب حيلة جواز المضاربة فى العروض

(قوله وكره) لأنه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد منح ، ويظهر هذا فى المسألة التى بعد قوله ولو قال اشتر لى عبدا نسيئة الخ هذا يفهم أنه لودفع عرضا وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة أنه يجوز بالأولى كما ذكرنا وقد أوضحه الشرح ، وهذه حيلة لجواز المضاربة فى العروض. وحيلة أخرى ذكرها الخصاف أن يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشترى هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذى ابتاعه من صاحبه ط (قوله مجتبى) ومثله فى البحر (قوله وكون رأس المال عينا) أى معينا ، وليس المراد بالعين العرض (قوله كما بسط فى الدرر) حيث قال فيه لأن المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه أمينا فيما عليه من الدين ، فلو قال اعمل بالدين الذى بذمتك مضاربة بالنصف لم يجز ، بخلاف ما لوكان له دين على الثالث فقال اقبض مالى من فلان واعمل به مضاربة حيث يجوز لأنه أضاف المضاربة إلى زمان القبض والدين فيه يصير عينا وهو يصلح أن يكون رأس المال اهـ وهو كالذى قدمه فى الدين قريبا ، وذكر فيه تفصيل كما هنا بأن هذا إذا كان دينا على المضارب . أما لو كان على غيره جاز وكره لأن ما كان على الغير بقبضه يصير عينا فتقع المضاربة عليه لا على الدين كما سمعت ، فمن قال إنه مكرر مع ما تقدم توهم أنه متقدم متنا ، ومن قال إنه موهم للإطلاق : أى يوهم أنه لا فرق أن يكون الدين على المضارب أو على الأجنبى ، وقد علمت الجواب أن ما على الأجنبى يصير عينا بقبضه فلم يقع العقد على الدين بل على العين المقبوضة (قوله وكونه مسلما إلى المضارب) لأن المال فى المضاربة من أحد الجانبين والعمل من جانب الآخر فلأن يخلص المال للعامل ليتمكن فى التصرف منه ولأن المال يكون أمانة عنده فلا يتم إلا بالتسليم إليه كالوديعة ، فلو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا تجوز المضاربة لأنه شرط يمنع من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، سواء كان المالك عاقلا أولا كالأب والوصى إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل شريكه : أى الصغير مع المضارب لا تصح المضاربة .

وفى السغناقى : وشرط عمل الصغير لايجوز ، وكذا أحد المتفاوضين أو شريكى العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد العقد تاترخانية ، ولو شرط أن يكون المال كل ليلة عند المالك فسدت المضاربة قهستانى .

بمكنه التصرف (بخلاف الشركة) لأن العمل فيها من الجانبين (وكون الربح بينهما شائعا) فلو عين قدرا فسدت

وقال الإسبيجابى : إذا رد المضارب رأس المال على المالك وأمره أن يبيع يشترى على المضاربة ففعل وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما شرطا لأنه لم يوجد صريح النقد ولا دلالته لأنه صار مستعينا به على العمل . وإذا وقع العمل من رب المال إعانة لا يجعل استردادا ، بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال حال العقد أفسد .

وحكى الإمام القاضى العامرى عن محمد بن إبراهيم الضرير أن شرط عمل رب المال مع المضارب إنما يكون مفسدا إذا شرط العمل جملة أما إذا شرط رب المال لنفسه أن يتصرف فى المال بانفراده متى بدا له وأن يتصرف المضارب فى جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة كما فى الذخيرة ، وقيد برب المال لأن العاقد لو لم يكن رب المال ، فإن كان أهلا لأن يكون مضاربا فى ذلك المال كالأب والوصى يجوز شرط العمل عليه ، وإن لم يكن أهلا كالمأذون لا يجوز كما فى الشرنبلالية اهـ ، وسيأتى فى الباب الآتى متنا بعض هذا (قوله لتمكنه التصرف) أى ولأنها فى معنى الإجارة والمال محل فيجب تسليمه (قوله لأن العمل فيها من الجانبين) فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما كذا فى الدرر (قوله شائعا) أنصافا أو أثلاثا مثلا لتحقق المشاركة بينهما فى الربح قل أو كثر قاله فى البرهان .

وفى البحر : الرابع أن يكون الربح بينهما شائعا كالنصف والثلث لا سهما معينا يقطع الشركة كمائة درهم أو مع النصف عشرة اهـ ط أى لاحتمال أن لا يحصل من الربح إلا مقدار ما شرط له . وإذا انتفى الشركة فى الربح لا تتحقق المضاربة لأنها جوزت ، بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة فى الربح فيقتصر على مورد النص . وفى المتن إيماء إلى أن المشروط للمضارب إنما يكون من الربح ، حتى لو شرط من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت كما فى الخزانة وعليه تعريف المضاربة (قوله فلو عين قدرا فسدت) لقطعه الشركة فى الربح : وإذا فسدت فله أجر مثله لا يجاوز المشروط عند أبى يوسف لرضاه به إذا كان المسمى معلوما : أما لو كان مجهولا كما هنا أو لم يوجد ربح لا يقال رضى بالقدر المشروط زيادة عن حصته من الربح لأنه لم يرض بها إلا مع نصف الربح وهو معدوم فالمسمى غير معلوم فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ وقد يجاب بأن هذا العقد لما كان فاسدا كان ما سمى فيه محظورا فقطع النظر عما هو موجب المضاربة وعول على ما عين معه على أنه أجر مثل فى إجارة لا موجب مضاربة ولهذا قالوا هذه إجارة فى صورة مضاربة حموى عن المقدسى .

قلت : مابحثه المقدسى صرح به القهستانى معزيا للفصولين ، ونصه بعد أن حكى الخلاف عن الصاحبين فى أن أجر المثل هل يجب بالغا مابلغ أولا يجاوز به المشروط . قال : والخلاف فيما إذا ربح ، وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغا مابلغ لأنه لايمكن تقديره الخ ، وحينئذ لاحاجة إلى تكلف الجواب ، ولا ينافى كلام القهستانى ماسيأتى فى الشارح من قوله وعن أبى يوسف إن لم يربح فلا أجر له لأنه ذكره بلفظ عن فلا ينافى كون المذهب عنده استحقاق الأجر له بالغا مابلغ .

بقى أن يقال ظاهر كلام المقدسى أن المسمى للمضارب من الربح إذا كان جزءا شائعا كالنصف يقال إنه معلوم ، وهو مخالف لما فى الشمنى حيث قال : فإن كان المسمى معلوما لايزاد عليه ، وإن كان مجهولا كدابة أو ثوب يجب بالغا مابلغ ، وإن كان معلوما من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع فعند محمد يجب بالغا مابلغ لأنه مجهول إذ يكثر بكثرة مايحصل وينقص بقلته . وعندهما لايزاد على المسمى لأنه معلوم من

(وكون نصيب كل منهما معلوما) عند العقد . ومن شرطها كون نصيب المضارب من الربح ، حتى لو شرط له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت .

وفى الجلالية كل شرط يوجب جهالة فى الربح أو يقطع الشركة

جملة مايحصل بعمله اهـ أبو السعود ، وإنما تكون إجارة فاسدة إذا فسدت إن لم يبين مدة معلومة . أما لو بينها ينبغى أن يكون أجيرا خاصا فيستحق بتسليم نفسه فى المدة كما هو حكم الأجير الخاص وليراجع (قوله وكون نصيب كل منهما معلوما عند العقد) لأن الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد اهـ درر (قوله فسدت) لأنهما شرطان لايقتضيهما العقد قال فى التاترخانية ومالا يوجب شيئا من ذلك لايوجب فساد المضاربة نحو أن يشترطا أن تكون الوضيعة عليهما .

وفى الفتاوى العتابية : ولو قال إن الربح والوضيعة بيننا لم يجز ، وكذا لو شرطا الوضيعة أو بعضها على المضارب فسدت . وذكر الكرخى : أن الشرط باطل ، وتصح المضاربة إذا شرط فيه نصف الربح .

وفى الذخيرة : ذكر شيخ الإسلام فى أول المضاربة أن المضاربة لاتفسد بالشروط الفاسدة . وإذا شرط للمضارب ربح عشرة فسدت لأنه شرط فاسد لأنه شرط تنتفى به الشركة فى الربح اهـ (قوله يوجب جهالة فى الربح) كما إذا شرط له نصف الربح أو ثلثه أو ربعه بأو الترديدية حلبى ، يعنى ذكر مجموع الثلاثة بطريق الترديد لإقتضاء الترديد جهالة الربح (قوله أويقطع الشركة) كما لو شرط لأحدهما دراهم مسماة حلبى .

وأورد الأكمل شرط العمل على رب المال فإنه يفسدها وليس بواحد منهما . وأجيب بأن المراد بالفساد مابعد الوجود وهى عند اشتراط ذلك لم توجد المضاربة أصلا ، إذ حقيقتها أن يكون العمل فيها من طرف المضارب . وفى المقدسى قال الزيلعى وغيرها : فالأصل أن كل شرط يوجب جهل الربح أو قطع الشركة مفسد ومالا فلا .

قال الأكمل : شرط العمل على رب المال لايفسدها وليس بواحد منهما فلم يطرد . والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها . وإذا شرط العمل عليه فليس ذلك مضاربة وسلب الشىء عن المعدوم صحيح يجوز أن تقول زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد وشرط العمل على المالك مفسد معناه مانع عن تحققه قال بعض المحققين مضمونه وإن لم يكن فاسدا فى نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام لأن معنى القسم الثانى من الأصل على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة ويبطل الشرط ، وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب وقد كان اعترف به أولا حيث قال : ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل فى نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلى فقال شرط الخ ولا شك أن المضاربة لا تندرج فى هذا المعنى اهـ ما فى المقدسى . وعبارة الدرر كذا أن يفسد المضاربة كل شرط يوجب جهالة الربح ، كما لو قال لك نصف الربح أو ثلثه أو ربعه ؛ لما مر أن الربح هو المعقود عليه فجهالته تفسد العقد وغيره لا أى غير ذلك من الشروط الفاسدة ، بل يبطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب فإنه لايقطعها وهو على رب المال . قال المولى عبد الحليم : قوله كما لو قال لك نصف الربح أو ثلثه أو ربعه ولم يعين واحدا من هذه الكسور والأعداد . وفى بعض النسخ أو شرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها وهو الموافق لما فى شروح الهداية قوله وغيره أى غير كل شرط يوجب جهالة الربح أو غير كل شرط يوجب قطع الشركة فى الربح أو جهالة لايفسد ذلك الغير من الشروط الفاسدة عقد

فيه يفسدها وإلا بطل الشرط وصح العقد اعتبارا بالوكالة .
(ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب) الأصل أن القول لمدعى الصحة فى العقود إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال

المضاربة بل يبطل الشرط وتبقى المضاربة صحيحة هذا هو المعنى من سوق الكلام ومقتضى الكلام ولكن اعترض عليه بأن شرط العمل على رب المال شرط ليس بواحد منهما فلم يطرد هذا الضابط الكلى .
أقول : دفعه على ما نسقه المصنف ظاهر لأنه ذكر هذا الشرط أولا وأتى بالضابط الكلى بعده فيحمل على غير هذا الشرط بقرينة المقابلة . وأما على ما هو ترتيب صاحب الهداية حيث أخر ذكر هذا الشرط عن ذلك فيكون مخصصا لعمومه بل يكون بمنزلة الاستثناء به عنه ، ونظائره أكثر من أن تحصى كما لا يخفى على من تدرب هذا . ولبعض الشراح هنا جواب عنه ولبعضهم اعتراض عليه ولذلك تركناه ، وما ذكرناه أولى .
وما يقال فى دفع الاعتراض من أن الشرط الذى يوجب جهالة الربح ليس فساد المضاربة به لمقارنة شرط فاسد بل لانعدام صحتها وهو معلومية الربح وكذا فسادها بشرط العمل على رب المال ليس لكونه شرطا مفسدا بل لتضمنه انتفاء شرط صحة المضاربة وهو تسليم المال إلى المضارب .
أقول : كون كل من هذين الشرطين متفرعا على شرط من الشروط الستة- لايمنع ورود ذلك الشرط على هذا الضابط الكلى لأنه فى بيان الشرط المفسد وغير المفسد والفرق بينهما .
وأقول : الأمر أقرب من ذلك كله . فيقال : هذه الكلية غير صحيحة ويزاد فيما يفسد المضاربة اشتراط العمل الخ تأمل (قوله يفسدها) فللعامل أجر مثل عمله لأنه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل إلى المسمى المشروط للفساد فيصار إلى أجر المثل ضرورة والربح لرب المال لأنه نماء ملكه درر (قوله وإلا) أى وإلا يكن واحد منهما : أى لم يوجب الشرط جهالة فى الربح ولا قطعا فى الشركة بطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب وكذا على رب المال أو عليهما كما فى التحفة (قوله وصح العقد اعتبارا بالوكالة) لأن الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز أن يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لايوجب قطع الشركة فى الربح والجهالة فيه لا تفسد المضاربة بالشروط الفاسدة كالوكالة ، ولأن صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة درر (قوله ولو ادعى المضارب فسادها) الأخصر الأوضح أن يقول والقول لمدعى الصحة منهما (قوله الأصل أن القول لمدعى الصحة فى العقود) قيده فى الذخيرة بما إذا اتحد العقد . أما لو اختلف العقد فالقول لرب المال إلا إذا اتفقا على ما يكفى لصحة المضاربة وادعى رب المال شرط الزيادة ليوجب فساد العقد فلا يقبل .
وبيانه أنه لو ادعى المضارب اشتراط ثلث الربح وادعى رب المال استثناء عشرة منه فالقول لرب المال لأن المضارب يدعى صحة المضاربة ورب المال يدعى الإجارة الفاسدة وهما مختلفان . فصار كما لو أقر بالإجارة الفاسدة وادعى الآخر الشراء الصحيح منه كان القول لرب المال لاختلاف العقدين . أما لو ادعى المضارب أن المشروط ثلث الربح وادعى رب المال الثلث وعشرة دراهم كان القول للمضارب لأنه يدعى شرطا زائدا يوجب فساد العقد فلا يقبل قوله كما فى البيع إذا اتفقا عليه وادعى أحدهما أجلا مجهولا يوجب فساد العقد وأنكر الآخر . بخلاف قوله اشترطت لك ثلث الربح إلا عشرة لأن هناك اتفقا على ما يكفى لصحة العقد لأن الكلام المقرون بالاستثناء تكلم بما وراء المستثنى وذلك مجهول يمنع صحة العقد (قوله ولو فيه فسادها) لأنه يمكن أن لا يظهر ربح إلا العشرة فاستثناؤها مؤد إلى قطع الشركة فى الربح (قوله إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح) قيل عليه لا يظهر استثناء هذا الفرع من القاعدة لأن رب المال يدعى الفساد والمضارب الصحة

ولو فيه فسادها لأنه ينكر زيادة يدعيها المضارب خانية ، وما فى الأشباه فيه اشتباه فافهم .

(ويملك المضارب فى المطلقة)

والقول لمدعيها فهو داخل تحت القاعدة كما لا يخفى .

أقول : ليست القاعدة على إطلاقها بل هى مقيدة بما إذا لم يدفع مدعى الفساد بدعوى الفساد استحقاق مال على نفسه كما هنا ، فحينئذ يكون القول قوله كما قدمناه عن الذخيرة ، وحينئذ لا صحة لقول المصنف فالقول للمضارب : والصواب فالقول لرب المال لأنه المدعى للفساد ليدفع بدعواه الفساد استحقاق مال عن نفسه ، وحينئذ يتم الاستثناء ، ولاوجه لما قيل إن القول فى هذه الصورة قول مدعى الصحة حيث كانت القاعدة مقيدة بما ذكرناه اه كلام الحموى ، فلما كان فى كلام الأشباه مايقتضى عدم صحة الاستثناء على ما ذكره المصنف موافقا لما فى الخانية والذخيرة البرهانية فى الفصل الرابع عشر منها من المضاربة ومخالفا للصواب حيث قال فالقول للمضارب والصواب فالقول لرب المال على ما ذكره الحموى مستندا لعبارة الذخيرة التى نقله عنها قال الشارح : وما فى الأشباه فيه اشتباه ، فليحرر ما يكشف ذلك الاشتباه .

والذى نقله الحموى عن الذخيرة هو ما ذكره فى البيوع فى الفصل العاشر ، وهو أن ما ذكر فى عبارته كما نقله عنه ما إذا قال المضارب لرب المال شرطت لى نصف الربح إلا عشرة ورب المال يدعى جواز المضاربة بأن قال شرطت لك نصف الربح :

وقد صرح صاحب الذخيرة فى كتاب المضاربة بأنه لوقال المضارب شرطت لى نصف الربح وزيادة عشرة أن القول فيه للمضارب ، وعلله بأن رب المال يدعى شرطا زائدا يوجب فساد العقد فلا يقبل كما تقدم فى عبارته فلا يتم ماقاله المحشى الحموى لمجرد تعليل صاحب الذخيرة مع نصه أن الحكم خلاف ذلك ولا سيما أن ما ذكره الفقيه فى غير بابه فالحق ما جرى عليه فى المنح تأمل (قوله وما فى الأشباه) من قوله القول قول مدعى الصحة إلا إذا قال رب المال شرطت لك الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب الثلث فالقول للمضارب كما فى الذخيرة اه (قوله فيه اشتباه) فإنه ظن أن الفرع خارج عن القاعدة مع أنه داخل فيها لأنا جعلنا القول فيه لمدعى الصحة وهو المضارب المدعى وقوعها بالثلث فلا يصح قوله إلا إذا قال رب المال الخ كذا فى المنح ، وذكر نحوه أنه الشيخ صالح فى حاشيته عليها ، وحينئذ فلا وجه لما ذكره الحموى فى حل هذه العبارة ونصه ، قوله أى صاحب الأشباه القول لمدعى الصحة ليس هذا على إطلاقه بل هو مقيد بما إذا لم يدفع مدعى الفساد بدعوى الفساد استحقاق مال عن نفسه ، كما إذا ادعى المضارب فساد العقد بأن قال رب المال شرطت فى الربح إلا عشرة ورب المال يدعى جواز المضاربة بأن قال شرطت لك نصف الربح فالقول قول رب المال ، لأن المضارب بدعوى الفساد لايدفع استحقاقا عن نفسه ، لأن المستحق على المضارب منافعه والمستحق له على رب المال جزء من الربح وإنه عين المال والمال خير من المنفعة والاستحقاق بعوض هو خير كالاستحقاق فلم يكن المضارب بدعوى الفساد دافعا عن نفسه استحقاقا فلا يقبل قوله ، ورب المال إذا ادعى فساد المضاربة بأن قال للمضارب شرطت نصف الربح إلا عشرة والمضارب ادعى جواز المضاربة بأن قال شرطت لى نصف الربح فالقول لرب المال لأنه بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال ، لأن ما يستحق لرب المال منفعة المضارب ، وما يستحق على رب المال عين مال وهو خير من الربح والعين خير من المنفعة ، وإن كان كذلك كان رب المال بدعوى الفساد دافعا عن نفسه استحقاق زيادة المال فكان القول قوله كذا فى الذخيرة (قوله فى المطلقة) بسكون الطاء المهملة كأن

التى لم تتقيد بمكان أو زمان أو نوع (البيع) ولو فاسدا (بنقد ونسيئة متعارفة والشراء والتوكيل بهما والسفر برا وبحرا)

يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (قوله التى لم تقيد بمكان) أما لو قيده فى البلد فليس له أن يسافر عنها ، كما لو قيده ببلدة أخرى فيتعين السفر ، ولا يبيع فى بلده للزوم القيد ، وكلام المؤلف على حذف أى التفسيرية فهو بيان للمطلقة (قوله أو زمان) فلو قيد بالشتاء فليس له أن يبيع بالصيف كعكسه (قوله أو نوع) فلو قيد بالبرليس له أن يتجر فى الرقيق مثلا ، وينبغى أن يزاد أو شخص من المعاملين بعينه كما سيذكره فإنها حينئذ من المقيدة كما حققه قاضى زاده ، ثم لايجوز للمضارب أن يعمل فى غير ذلك المقيد شلبى (قوله البيع) قال الشهاب الشلبى فى شرحه : اشترى المضارب أو باع بمالا يتغابن الناس فيه يكون مخالفا قال له رب المال اعمل برأيك أولا لأن الغبن الفاحش تبرع وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع . ولو باع مال المضاربة بمالا يتغابن فيه أو بأجل غير متعارف جاز عند الإمام خلافا لهما كالوكيل بالبيع اه وإنما يبيع ويشترى من غير أصوله وفروعه كذا فى سرى الدين عن الولوالجية ط (قوله ولو فاسدا) لأن المبيع فيه يملك بالقبض فيحصل الربح بعقد المعاوضة وهو صنيع التجار . بخلاف الباطل كما فى الأشباه وليس المراد منه أنه يجوز له مباشرته لحرمته بل المراد أنه لايكون به مخالفا فلايكون غاصبا فلا يخرج المال عن كونه فى يده أمانة أبوالسعود (قوله ونسيئة) النسيئة بالهمز والنساء بالمد : التأخير ، ولو اختلفا فى النقد والنسيئة فالقول للمضارب فى المضاربة وللموكل فى الوكالة كما مر متنا فى الوكالة (قوله متعارفة) احترز به عما إذا باع إلى أجل طويل زيلعى : أى كسنتين فى عرفنا أو أجل لم يعهد عند التجار كعشرين سنة كما فى الدرر ، وإنما جاز له النسيئة لأنه عسى لايحصل له الربح إلا بالنسيئة ، حتى لو شرط عليه البيع بالنقد لايجوز له أن يبيع بنسيئة . وفى شرط النسيئة يجوز له أن يبيع بالنقد .

وفى الهندية عن المبسوط قالوا : وهذا إذا باعه بالنقد بمثل قيمته أو أكثر أو بمثل ما سمى له من الثمن ، فإن كان بدون ذلك فهو مخالف ؛ ولو قال لاتبعه بأكثر من ألف فباع بأكثر جاز لأنه خير لصاحبه كذا فى الحاوى .

لو كانت المضاربة مطلقة فخصها رب المال بعد عقد المضاربة نحو إن قال له لاتبع بالنسيئة أو لاتشتر دقيقا ولا طعاما أو لاتشتر من فلان أو لاتسافر ، فإن كان التخصيص قبل أن يعمل المضارب أو بعد ماعمل فاشترى وباع وقبض الثمن وصار المال ناضجا جاز تخصيصه ، وإن كان التخصيص بعد ماعمل وصار المال عرضا لايصح ، وكذا لو نهاه عن السفر فعلى الرواية التى يملك السفر فى المضاربة المطلقة إن كان المال عرضا لايصح نهيه كذا فى فتاوى قاضيخان ، فإذا اشترى ببعض المال شيئا ثم قال لاتعمل به إلا فى الحنطة لم يكن له أن يشترى بالباقى إلا الحنطة ، فإذا باع ذلك الشىء وصار نقدا لم يشتر به إلا الحنطة كذا فى الحاوى انتهى (قوله والشراء) أى نقدا أو نسيئة بغبن يسير ، فلو اشترى بغبن فاحش فمخالف ، وإن قال له اعمل برأيك كما فى الذخيرة والإطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد ، لكن فى النظم أنه لايتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافا لهما ، ولا يشترى من عبده المأذون ، وقيل من مكاتبه بالاتفاق قهستانى (قوله والتوكيل) لأنه دون المضاربة وجزء منها المضاربة تتضمن الإذن به (قوله بهما) أى بالبيع والشراء (قوله والسفر برا وبحرا) إلا أن ينهاه عنه نصا مطلقا على الأصح كما فى الظهيرية .

ولو دفع له المال فى بلده على الظاهر (والإبضاع) أى دفع المال بضاعة ولو لرب المال ولا تفسد به) المضاربة كما يملك (و) يجىء (الإيداع والرهن والارتهان والإجارة والاستئجار) فلو استأجر أرضا بيضاء ليزرعها أو يغرسها جاز ظهيرية (والاحتيال) أى قبول الحوالة (بالثمن مطلقا) على الأيسر والأعسر لأن كل ذلك

وفى الخانية : له أن يسافر برا وبحرا فى ظاهر الرواية فى قول أبى حنيفة ، ومحمد هو الصحيح . وعن أبى حنيفة أنه لا يسافر ، وهو قول أبى يوسف كما فى المقدسى .

وفى القهستانى : ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى عنه الناس فى قوتهم . قال الرحمتى : وله السفر برا وبحرا : أى فى وقت لا يغلب فيه الهلاك وفى مكان كذلك (قوله ولو دفع له المال فى بلده على الظاهر) وعن أبى يوسف عن الإمام أنه إن دفع إليه المال فى بلده ليس له أن يسافر به ، وإن دفع إليه فى غربة كان له أن يسافر به إلى بلده ، لأن الظاهر أن صاحبه رضى به إذ الإنسان لا يقيم فى دار الغربة دائما غالبا فإعطاؤه المال فى هذه الحالة ثم علمه بحاله يدل على رضاه به .

وجه الظاهر أن المضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض فيملكه بمطلق العقد إذ اللفظ دال عليه ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك لأن الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم كما فى الزيلعى (قوله ولو لرب المال) أراد بالإبضاع له استعانة فيكون ما اشتراه وما باعه على المضاربة لا ماهو المتعارف من أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر كما فى البرجندى (قوله ولا تفسد به المضاربة) لأن حق التصرف للمضارب فيصلح أن يكون رب المال وكيلا عنه فى التصرف خلافا لزفر ، لأن رب المال عنده حينئذ متصرف لنفسه وهو لا يصلح ، أن يكون وكيلا فيه فيكون مستردا ، وقول العينى : ويكون الربح للعامل صوابه ولا يكون أن يحمل العامل على المضارب الذى وجد منه الإبضاع وإن لم يعمل بالفعل كذا ذكره الشيخ شاهين ، وليس المراد بالربح الذى يكون للمضارب فى كلام الشيخ شاهين دون رب المال إذا دفع إليه المال بضاعة أصل الربح بل ما يخصه منه فتنبه أبو السعود (قوله كما يجىء) أى فى أول المتفرقات (قوله والرهن والارتهان) قال فى البحر : وله أن يرهن ويرتهن بها ، ولو أخذ نخلا أو شجرا معاملة على أن ينفق فى تلقيحها وتأبيرها من المال لم يجز عليها ، وإن قال له اعمل برأيك ، فإن رهن شيئا من المضاربة ضمنه ، ولو أخر الثمن جاز على رب المال ، ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص لو حط بعض الثمن إن لعيب طعن المشترى فيه ، وما حط حصته أو أكثر يسيرا جاز ، وإن كان لا يتغابن الناس فى الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال ما بقى على المشترى ، ويحرم عليه وطء الجارية ولو بإذن رب المال ، ولو تزوجها بتزويج رب المال جاز إن لم يكن فى المال ربح وخرجت الجارية عن المضاربة ، وإن كان فيه ربح لا يجوز ، وليس له أن يعمل ما فيه ضرر ولا ما لا يعمله التجار ، وليس لأحد المضاربين أن يبيع أو يشترى بغير إذن صاحبه ، ولو اشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله يكون مخالفا وإن قيل له اعمل برأيك ، ولو باع بهذه الصفة جاز خلافا لهما كالوكيل بالبيع المطلق . وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمى ، ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لأنهما جنس هنا انتهى (قوله والاستئجار) أى استئجار العمال للأعمال والمنازل لحفظ الأموال والسفن والدواب كما فى الخانية والإيجار كذلك عبد الحليم (قوله فلو استأجر الخ) كان هذا فى عرفهم أنه من صنيع التجار ، وفى عرفنا ليس هو من صنيعهم فينبغى أن لا يملكه (قوله أى قبول الحوالة) هذا ليس معنى الاحتيال لأن الاحتيال كونه محتالا وذلك برضا المحيل والمحال عليه والمحال وإنما اقتصر عليه

من صنيع التجار (لا) يملك (المضاربة) والشركة والخلط بمال نفسه (إلا بإذن أو اعمل برأيك) إذ الشيء لايتضمن مثله

لأنه المقصود هنا ط (قوله من صنيع التجار) أى عملهم وفى بعض النسخ صَناع جمع صنعة بمعنى مصنوعة (قوله لايملك المضاربة) هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين . أما إذا كانت إحداهما فاسدة أوكلتاهما فلا يمنع منه المضارب قاله سرى الدين ، وهذا أيضا إذا كانت مع غير رب المال . أما إذا كانت معه فهى صحيحة كما تقدم عن الإسبيجابى .

قال الصدر الشهيد : التصرفات فى المضاربة ثلاثة أقسام .

قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الإيجاب وهو الإيداع والإبضاع والإجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك .

وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل أن يلحق بها عند وجود الدلالة وهو إثبات الشركة فى المضاربة بأن يدفع إلى غيره مضاربة أو يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره فإنه لايملك هذا بمطلق المضاربة ، لأن رب المال لم يرض بشركة غيره ، وهو أمر زائد على ماتقوم به التجارة فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة ، لكن يحتمل أن يلحقها بالتعميم .

وقسم لايمكن أن يلحق بها وهو الإقراض والاستدانة على المال لأن الإقرار ليس بتجارة ، وكذا الاستدانة على المال بل تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال انتهى (قوله والشركة) لأنها فوقها (قوله والخلط بمال نفسه) وكذا بمال غيره كما فى البحر : أى لأنه شركة إلا أن تكون معاملة التجار فى تلك البلد أن المضاربين يخلطون ولا ينهونهم ، فإن غلب التعارف فى مثله وجب أن لايضمن كما فى التاترخانية .

وفيها من الثانى عشر : دفع إلى رجل ألفا بالنصف ثم ألفا أخرى كذلك فخلط المضارب المالين فهو على ثلاثة أوجه : أما إن قال المضارب فى كل من المضاربتين اعمل برأيك أو لم يقل فيهما أو قال فى إحداهما فقط ، وعلى كل فإما أن يكون قبل الربح فى المالين أو بعده فيهما أو فى أحدهما .

ففى الوجه الأول لايضمن مطلقا . وفى الثانى إن خلط قبل الربح فيهما فلا ضمان أيضا ، وإن بعده فيهما ضمن المالين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط ، وإن بعد الربح فى أحدهما فقط ضمن الذى لاربح فيه .

وفى الثالث إما أن يكون قوله اعمل برأيك فى الأولى أو يكون فى الثانية ، وكل على أربعة أوجه : إما أن يخلطهما قبل الربح فيهما أو بعده فى الأولى فقط أو بعده فى الثانية فقط أو بعده فيهما قبل الربح فيهما أو بعده فى الثانية ، فإن قال فى الأولى لايضمن الأول ولا الثانى فيما لو خلط قبل الربح فيهما اهـ .

قال فى مشتمل الأحكام : وفى فتاوى أبى الليث إذا دفع إلى رجل دراهم مضاربة ولم يقل اعمل فى ذلك برأيك والحال أن معاملة التجار فى تلك البلدة يخلطون الأموال وأرباب الأموال لاينهونهم عن ذلك وقد غلب التعارف فى مثل هذا رجوت أن لايضمن ويكون الأمر محمولا على ماتعارفوا (قوله إلا بإذن أو اعمل برأيك) وفى المقدسى : ومما تفارق المضاربة فيه الوكالة لو قال اعمل برأيك فللمضارب أن يضارب ويقول للثانى اعمل برأيك ويكون للثانى أن يضارب ، بخلاف الوكيل الثانى . ومنها لو رام رد عبد بعيب فنكل عن اليمين أنه ما رضى به بقى العبد على المضاربة ، بخلاف الوكيل . وفى الأشباه : إذا قال له اعمل برأيك ثم قال له لاتعمل برأيك صح نهيه إلا إذا كان بعد العمل اهـ (قوله إذ الشيء لايتضمن مثله) هذا إنما يظهر علة لنفى المضاربة لا لنفى الشركة منه والخلط ، فالأولى أن يقول ولا أعلى منه لأن الشركة والخلط أعلى من المضاربة لأنها شركة فى أصل المال ؟

(و) لا (الإقراض والاستدانة وإن قيل له ذلك) أى اعمل برأيك لأنهما ليسا من صنيع التجار فلم يدخلا فى التعميم (ما لم ينص) المالك (عليهما) فيملكهما وإذا استدان كانت شركة وجوه

وأورد على قولهم إذ الشيء لايتضمن مثله المأذون فإنه يأذن لعبده والمكاتب له أن يكاتب والمستأجر له أن يؤجر والمستعير له أن يعير مالم يختلف بالاستعمال . وأجيب بأن هؤلاء يتصرفون بطريق الملكية لا النيابة والكلام فى الثانى . أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم الملكية الأصلية والمكاتب صار حرا يدا والمستأجر والمستعير ملكا المنفعة والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه ط بزيادة من الكفاية (قوله ولا الإقراض والاستدانة) قال فى شرح الأقطع : لايجوز للمضارب أن يستدين على المضاربة وإن فعل ذلك لم يجز على رب المال ، ألا ترى أنه إذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم يرجع المضارب عليه بمثله ، وإذا كان كذلك فرب المال لم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال ، فلو جوّزنا الاستدانة لزمه ضمان مالم يرض به وذلك لايصح ، وإذا لم يصح استدامته على رب المال ازمه العين خاصة ؛ وقد قالوا : ليس للمضارب أن يأخذ سَفتجة لأن ذلك استدانة وهو لايملك الاستدانة وكذا لايعطى سفتجة لأن ذلك قرض وهو لايملك القرض ، ولو قال له اعمل برأيك انتهى ط عن الشلبى مختصرا . وإذا لم تصح الاستدانة لزم الدين خاصة وأطلق الاستدانة فشمل الاستدانة على مال المضاربة والاستدانة على إصلاح مال المضاربة كالاستئجار على حمله أو على قصارته وهو متطوّع فى ذلك .

وفى القهستانى عن شرح الطحاوى : صورتها كما إذا اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن ، فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة فى شيء ، والظاهر أن ماعنده إذا لم يوفّ فما زاد عليه استدانة ، وقدمنا عن البحر : إذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمين .

وفى البدائع : كما لاتجوز الاستدانة على مال المضاربة لاتجوز على إصلاحه فلو اشترى بجميع مالها ثيابا ثم استأجر على حملها أو قصرها أو فتلها كان متطوعا عاقدا لنفسه ط عن الشلبى ، وهذا ماذكره المصنف بقوله فلو شرى بمال المضاربة ثوبا الخ فأشار بالتفريع إلى الحكمين (قوله أى اعمل برأيك) أشار إلى أن اسم الإشارة راجع له خاصة لا له وللإذن فإن بالإذن الصريح يملك ذلك كما سيقول مالم ينص عليهما (قوله مالم ينص المالك عليهما) قال فى البزازية : وكذا الأخذ بالشفعة لايملكه إلا بالنص ويملك البيع الفاسد لا الباطل نقله فى الأشباه (قوله وإذا استدان كانت شركة الخ) أى استدان بالإذن ، وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما ، ولا يتغير موجب المضاربة فربح مالها على ماشرط قهستانى .

أقول : وشركة الوجوه هى أن يتفقا على الشراء نسيئة ويكون المشترى عليهما أثلاثا أو أنصافا والربح يتبع هذا الشرط ، ولو جعلاه مخالفا ولم يوجد ماذكر فيظهر لى أن يكون المشترى بالدين للآمر لو المشترى معينا أو مجهولا جهالة نوع وسمى ثمنه أو جهالة جنس وقد قيل له اشتر ماتختاره وإلا فللمشترى كما تقدم فى الوكالة ، لكن ظاهر المتون أنه لرب المال وربحه على حسب الشرط ، ويغتفر فى الضمنى مالا يغتفر فى الصريح ، وقوله كانت شركة أى بمنزلة شركة الوجوه كما فى الهداية .

وصورة الاستدانة أن يشترى بالدراهم شيئا أو الدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة أو يشترى بمكيل أو موزون ورأس المال فى يده دراهم أو دنانير ، لأنه اشترى بغير رأس المال فكان استدانة ، بخلاف ما لو

وحينئذ (فلو اشترى بمال المضاربة ثوبا وقصر بالماء أو حمل) متاع المضاربة (بماله و) قد (قيل له ذلك فهو متطوع) لأنه لايملك الاستدانة بهذه المقالة وإنما قال بالماء لأنه لو قصر بالنشاء فحكمه كصبغ (وإن صبغه أحمر فشريك بما زاد) الصبغ ودخل فى اعمل برأيك كالخلط (و) كان (له حصة) قيمة (صبغه إن بيع وحصة الثوب) أبيض (فى مالها) ولو لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكا بل غاصبا ، وإنما قال أحمر لما مر أن السواد نقص عند الإمام فلا يدخل فى اعمل برأيك بحر (ولا) يملك أيضا (تجاوز بلد

اشترى بدنانير ورأس المال فى يده دراهم أو بدراهم ورأس المال فى يده دنانير ، لأن الدراهم والدنانير جنس فى الثمنية فلا يكون هذا اشتراء بدين كذا فى شرح الوافى . واستفيد مما ذكره الشارح أن شركة الوجوه لايلزم فيها الخلو عن المال أصلا بل أن يشتريا بالنسيئة سواء كان مع ذلك شراء بمال كما هنا أو بالنسيئة فقط (قوله وحينئذ) أى حين لايملك القرض والاستدانة ، وكان الأولى تقديمه على قوله مالم ينص عليهما (قوله فلو اشترى) تفريع على عدم جواز الاستدانة كما ذكرنا (قوله أوحمل متاع المضاربة)أى أعطى أجرة الحمال من عند نفسه لا بما لها كذا فى أخى جلبى (قوله بماله) متعلق بكل من قصر وحمل (قوله وقد قيل له ذلك) أى اعمل برأيك منح (قوله فهو متطوع) أى بما زاد فليس له حصته من الثمن (قوله لأنه لايملك الاستدانة بهذه المقالة) وهى اعمل برأيك .

قلت : والمراد بالاستدانة نحو ماقدمناه عن القهستانى فهذا يملكه إذا نص ؛ أما لو استدان نقودا فالظاهر أنه لايصح لأنه توكيل بالاستقراض وهو باطل كما مر فى الوكالة .

وفى الخانية من فصل شركة العنان : ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل لأنه توكيل بالتكدى إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل انتهى أى لأنه رسالة لا وكالة كما قدمناه فى باب الوكالة ؛ والظاهر أن المضاربة كذلك كما قلنا فليراجع (قوله فشريك بما زاد الصبغ) أى والنشاء . والأولى أن يقول فشريك بقدر قيمة الصبغ ، حتى لو بيع ينقسم الثمن على قيمة الصبغ والثوب الأبيض كما يأتى قريبا (قوله كالخلط) أى يصير شريكا به أيضا ، فلا يضمن به لما ساف أنه يملك الخلط بالتعميم ، وفى بعض النسخ بالخلط أى بسبب خلط ماله وهو الصبغ أو النشاء بمال المضاربة وكلاهما صحيح (قوله وكان له حصة قيمة صبغه الخ) أى إذا بيع الثياب كان حصة قيمة الصبغ فى الثوب للمضارب وحصة الثوب الأبيض فى مال المضارب قاله أبو الطيب : أى فلو كان الثوب على تقدير أنه أبيض يساوى خمسة ، وعلى تقدير كونه أحمر يساوى ستة كان له سدس الثمن وخمسة الأسداس للمضاربة رأس المال لصاحبه والربح بينهما على ماشرطا (قوله فى مالها) أى مال المضاربة فيجريان فيه على ما اشترطا فى الربح (قوله بل غاصبا) فيخرج مال المضاربة عن أن يكون أمانة فيضمن ويكون الربح له على مامر ، وسيأتى فى كتاب الغصب أنه إذا غصب ثوبا فصبغه فالمالك بالخيار ، إن شاء ضمنه الثوب أبيض أو أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ (قوله نقص عند الإمام) وعندهما كالأحمر وهو المفتى به ، وقد مر أنه اختلاف زمان لا برهان ، وفى زماننا لايعد نقصا بل هو من أحسن الألوان فيدخل فى اعمل برأيك سائر الألوان كالحمرة (قوله ولا يملك أيضا تجاوز بلد) أشار به إلى أنه لو عين سوقا من بلد لم يصح التعيين ، لأن البلد مع تباين أطرافه كبقعة واحدة إلا إذا صرح بنهى سوق منه أو قال لاتعمل بغير هذا السوق منه فحينئذ يصح كما فى الهداية ويأتى قريبا . ثم مجموع صور قيدت المضاربة فيها بالمكان ثمانية : ستة

أو سلعة أو وقت أو شخص عينه المالك) لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد

منها يفيد التقييد فيها ، واثنتان لا ؛ فالذى يفيد ستة وهى دفعت المال إليك مضاربة بكذا فى الكوفة أو على أن تعمل به فيها أو لتعمل به فيها أو تعمل به رفعا أو خذه تعمل به فيها جزما أو فاعمل به فيها ، واللذان لايفيدان وهما دفعت إليك مضاربة اعمل به فيها أو واعمل به . والأصل أنه متى عقب بما لايبتدأ به ويمكن بناؤه على ماقبله يجعل مبنيا عليه كما فى الألفاظ الستة ، وإن صح الابتداء به لايبنى على ماقبله ويجعل مبتدأ ومستقلا كما فى اللفظين الأخيرين ، وحينئذ تكون الزيادة شورى وكان له أن يعمل بالكوفة وغيرها كما فى الهندية عن الكافى .

واعترض عليه أن صورة تعمل به بالرفع ينبغى أن تكون مما لايفيد التخصيص لأن تعمل كما يحتمل أن يكون حالا يحتمل أن يكون استئنافا . وأجيب عنه فى الشروح بأجوبة أحسنها أن قوله اعمل بدون الواو استئناف قطعا وبالواو استئناف أو عطف لايحتمل الحال لأن الإنشاء لايقع حالا صرح به فى محله والسوق يقتضى كون تعمل به حالا وهو المتبادر فيحمل عليه . (قوله أو سلعة) بأن قال له خذ هذا المال مضاربة على أن تشترى به الطعام مثلا أو الرقيق كما فى المحيط (قوله أو وقت) بأن وقت للمضاربة وقتا بعينه بأن قال له اعمل بالصيف أو الخريف أو الليل كما فى القهستانى .

ويمكن أن المراد بالوقت أيضا توقيتها بمدة سنة مثلا حتى يبطل العقد بمضيه كما فى الهندية عن الكافى (قوله أو شخص عينه المالك) بأن قال على أن يشترى به من فلان ويبيع منه صح التقييد ، وليس أن يشترى ويبيع من غيره كما فى الهندية عن الكافى لأنه لم يملك التصرف إلا بتفويضه فيتقيد بما فوض إليه وهذا التقييد مفيد لأن التجارات تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص ، وكذا ليس له أن يدفعه مضاربة(١) إلى من يخرجه من تلك البلدة لأنه لايمكن أن يتصرف بنفسه فى غير هذا البلد فلا يمكن أن يستعين بغيره أيضا درر .

قال مسكين : لايتجاوز عما عينه من هذه الأشياء كما لايتعدى أحد الشريكين فى الشركة المقيدة مع شىء فيها ، والمراد بالشخص شخص معين ، لأنه لو قال على أن تشترى من أهل الكوفة أو قال على أن تعمل فى الصرف وتشترى فى الصيارفة وتبيع منهم فباع فى الكوفة من رجل ليس من أهل الكوفة أو من غير الصيارفة جاز اه ؛ فقوله على أن تشترى من أهل الكوفة الخ كذا لو قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به فى الكوفة لأن الفاء للوصل . أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق ، أو قال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لأن فى للظرف وإنما يكون ظرفا فإذا حصل الفعل فيه أو قال على أن تعمل بالكوفة لأن على للشرط فيتقيد به ، بخلاف مالو قال خذ هذا المال واعمل به فى الكوفة حيث كان له أن يعمل فيها وفى غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة زيلعى .

أقول : وهذا معنى التخصص ، وقوله جاز لأن المقصود من هذا الكلام التقييد بالمكان أو بالنوع ، حتى لايجوز له أن يخرج من الكوفة فى الأول ويبيع فيها من أهلها أو من غير أهلها ، ولا يجوز له أن يعمل فى غير الصرف فى الثانى ويشترى ويبيع من الصيارفة وغيرهم ، لأن التقييد بالمكان والنوع مفيد ، ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة ، لأن كل واحد منهما جمع كثير لايمكن إحصاؤه زيلعى (قوله لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد) أى كما فى الشركة بحر ، فأفاد أن الشركة تكون بالأولى فى قبول التقييد المفيد .

(١) (قوله مضاربة) فى نسخة (بضاعة) كذا بهامش الأصل .

ولو بعد العقد مالم يصر المال عرضا لأنه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجيء ؛ قيدنا بالمفيد لأن غير المفيد لايعتبر أصلا كنهيه عن بيع الحال . وأما المفيد في الجملة كسوق من مصر ، فإن صرح بالنهي صح وإلا لا : (فإن فعل ضمن) بالمخالفة (وكان ذلك الشراء له) ولو لم يتصرف فيه حتى عاد للوفاق

وفي الذخيرة : لو نهاه عن التصرف والمال عرض فباعه بعرض آخر لايعمل نهيه ، فلو باع بالدراهم يعمل النهي اهـ .

قال وفي الهندية : الأصل أن رب المال متى شرط على المضارب شرطا في المضاربة ، إن كان شرطا لرب المال فيه فائدة فإنه يصح ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به وإذا لم يف به صار مخالفا وعاملا بغير أمره ، وإن كان شرطا لا فائدة فيه لرب المال فإنه لايصح ويجعل كالمسكوت عنه كذا في المحيط (قوله ولو بعد العقد) قبل التصرف في رأس المال أو بعد التصرف ثم صار المال ناضا فإنه يصح تخصيصه لأنه يملك عزله فيملك تخصيصه والنهي عن السفر يجري على هذا كما في المنح (قوله مالم يصر المال عرضا الخ) قيل لعل العلة في ذلك ظهور كون ما اشترى من البضاعة يروج كمال الرواج في بلدة كذا ، فإذا ظهر له ذلك فالمصلحة حينئذ في السفر إلى تلك البلدة ليكون الربح أوفر اهـ .

قال في الفتاوى الظهيرية : والأصح أن نهيه عن السفر عامل على الإطلاق اهـ (قوله لايملك عزله) ولا نهيه منح (قوله فلا يملك تخصيصه) قدمنا قريبا عن الزيلعي معنى التخصيص (قوله كنهيه عن بيع الحال) يعني ثم باعه بالحال بسعر مايباع بالمؤجل كما في العيني .

وقد يكون في بيع المؤجل ربح وفائدة : منها أنه يباع بربح أكثر من الحال عادة ولذا قدم في الوكالة أنه لو أمره بالنسيئة فباع بالنقد جاز إن عين له الثمن ، أفاد أنه عند عدم تعيين الثمن لايجوز لأن النسيئة يكون الثمن أزيد .

قال في الهندية : ولو أمره أن يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد فهو جائز . قالوا: وهذا إذا باعه بالنقد بمثل قيمته أو أكثر أو بمثل ماسمى له من الثمن ، فإن كان بدون ذلك فهو مخالف كذا في المبسوط ، لو قال لاتبعه بأكثر من ألف فباع بأكثر جاز لأنه خير لصاحبه كذا في الحاوي اهـ وقدمناه قريبا .

أقول : لكن هذا القيد لايظهر على مافي الشرح من عدم اعتباره أصلا ، ومقتضاه الإطلاق ، نعم ذكروا ذلك في تقييد الوكيل كما سمعت وهو مفيد هناك ، فيلزم أن لايبيع بدون الثمن الذي عينه له وهو ثمن النسيئة ، فإن باع نقدا بثمنها صح إذ لايبقى بعده إلا التقييد بالنسيئة وهو غير مفيد بانفراده قطعا تأمل (قوله فإن صرح بالنهي) مثل لاتبع في سوق كذا (قوله صح وإلا لا) وهذا بخلاف ماإذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لايصح التقييد إلى آخر ماقدمناه (قوله فإن فعل) أي تجاوز ، بأن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى سلعة غير ماعينه أو في وقت غير ماعينه أو بايع أو اشترى مع غير من عينه (قوله ضمن بالمخالفة) وهل يضمن بنفس الإخراج ، الصحيح نعم ، لكن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى البلد الذي عينه كما في الهداية (قوله وكان ذلك الشراء له) وله ربحه وعليه خسرانه لأنه تصرف في مال غيره بغير أمره درر أي لأنه فضولي فيه فينفذ عليه حيث أمكن تنفيذه ، أما لو باع مال المضاربة مخالفا لرب المال كان بيعه موقوفا على إجازته كما هو عقد الفضولي ، قال الإتقاني ولكن يتصدق بالربح عندهما . وعند أبي يوسف يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيها وربح (قوله ولو لم يتصرف فيه) أشار إلى أن أصل الضمان واجب بنفس المخالفة لكنه غير

عادت المضاربة، وكذا لو عاد فى البعض اعتبارا للجزء بالكل (ولا يملك (تزويج قن من مالها ولا شراء من يعتق على رب المال بقرابة

قادر إلا بالشراء فإنه على عرضية الزوال بالوفاق . وفى رواية الجامع أنه لايضمن إلا إذا اشترى والأول هو الصحيح كما فى الهداية قهستانى .

قلت : والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الإخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثانى (قوله عادت المضاربة) أى او تجاوز بلدا عينها رب المال أو هم بشراء سلعة غير التى عينها أو فى وقت أو مع شخص كذلك ثم عاد للوفاق ، بأن رجع للبلد واشترى السلعة التى عينها وانتظر الوقت وعامل مع ذلك الشخص صح تصرفه لعدم المخالفة ، ففى قوله عادت المضاربة تسامح لأن العود لايكون بعد الانصراف والانصراف عن المضاربة بفسخها ولم يوجد مايقتضيه ؛ ولو فسخت لم تعد لأن المفسوخ لايعود جائزا بدون عقد جديد كذا أفاده الرحمتى .

وقد يقال : المراد بالعود الإبراء عن الضمان لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق ورجع مع مال المضاربة على حاله ، لأن المال باق فى يده بالعقد السابق كما فى المنح ، وهو يفيد أنه لايتصور العود إذا خالف فى سلعة عينها أو فى شخص عينه ، نعم يظهر فى مخالفته فى المكان تأمل .

وحاصل المعنى أنه إذا عين له بلدا فتجاوز إلى أخرى خرج المال عن المضاربة خروجا موقوفا على شرف الزوال ، فإن رجع إلى ما عينه رب المال زال الضمان ورجع إلى الوفاق وبقيت المضاربة ، على حالها كالمودع إذا خالف فى الوديعة ثم ترك فإذا حمل على هذا فلا إشكال تأمل (قوله وكذا او عاد) أى إلى الوفاق فى البعض أى بعض المال بعد المخالفة فى البعض الآخر ، فإن ما اشتراه مع المخالفة وقع لنفسه ، وما بقى لم تحصل به المخالفة ، فإذا عاد إلى الوفاق صح تصرفه فيه لأن ذلك إذا كان حكم كل المال كان حكم جزئه اعتبارا للجزء بالكل وحكم ما باعه مع المخالفة حيث أنه عقد فضولى والفضولى يملك الفسخ قبل إجازة المالك كما تقدم ؛ فلو عاد فيه إلى الوفاق صح تصرفه فيه لأن الفسخ بعدم البيع .

قال الاتقانى : فإن اشترى ببعضه فى غير الكوفة ثم بما بقى فى الكوفة فهو مخالف فى الأول ، وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة لأن دليل الخلاف وجد فى بعضه دون بعضه انتهى (قوله ولا يملك تزويج قن من مالها) أى لا يملك المضارب تزويج عبد أو أمة من مال المضاربة كالشريك عنانا أو مفاوضة كما فى البحر . وعن أبى يوسف أن للمضارب تزويج الأمة لأنه من الاكتساب لأنه يصل إلى المهر وإلى سقوط نفقتها ، بخلاف تزويج العبد فإن فيه إشغال رقبته فى الدين واستحقاق بيعه به . ولهما أنه ليس من باب التجارة ، فلا يدخل تحت الإطلاق لأن لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا بأى طريق كان ، ألا ترى أنه ليس له أن يكاتب ولا يعتق على مال وإن كان بأضعاف قيمته ، على أن فى تزويج الأمة خطرا وهو الحمل وعدم الخلاص منه كما فى المنبع ، بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يزوج الأمة دون العبد لأن الكتابة تقتضى الاكتساب دون التجارة ، ولهذا كان له أن يكاتب فيملك تزويج الأمة أيضا ونظيرها الأب والوصى حيث يملكان تزويج الأمة والمكاتبة دون تزويج العبد لأن تصرفهما مقيد بالنظر للصغير ، فمهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا ذكره الزيلعى قال القهستانى : وفيه إشارة إلى أنه لا يحل للمضارب وطء جارية المضاربة ربح أولا وأذن به أولا كما فى المضمرات انتهى (قوله بقرابة) كابنه وأبيه لكونه مخالفا للمقصود

أو يمين ، بخلاف الوكيل بالشراء)فإنه يملك ذلك (عند عدم القرينة) المقيدة للوكالة كاشتر لى عبدا أبيعه أو أستخدمه أو جارية أطؤها (ولا من يعتق عليه) أى المضارب (إذا كان فى المال ربح) هو هنا أن تكون قيمة هذا العبد أكثر من كل رأس المال كما بسطه العينى فليحفظ :

(فإن فعل) شراء من يعتق على واحد منهما (وقع الشراء لنفسه وإن لم يكن) ربح

(قوله أو يمين) بأن قال إن ملكته فهو حر لأن المضاربة إذن بتصرف يحصل به الربح وهذا إنما يكون بشراء ما يمكن بيعه وهذا ليس كذلك درر . ونظير المضاربة الشريك شركة عنان أو مفاوضة حتى كان تزويجه الأمة على الخلاف زيلعى (قوله فإنه يملك ذلك) لأن التوكيل مطلق فيجرى على إطلاقه .

قال الشمنى : والفرق بينه وبين المضارب حيث يصح شراء الوكيل لمن يعتق على الموكل ولا يصير به مخالفا ، إذ الوكالة فى الوكيل بالشراء مطلقة فتجرى على إطلاقها ، وفى المضاربة مقيدة بما يظهر فيه الربح بالبيع ، فإذا اشترى مالا يقدر على بيعه خالف انتهى .

وكذا لو وجد فى الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بأن قال اشتر لى عبدا أبيعه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك كما ذكره المصنف بقوله عند عدم القرينة ، فلو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه ويضمن لأنه نقد الثمن من مال المضاربة . وعند مالك لو كان عالما موسرا ضمن وإلا فلا كذا ذكره العينى ، ومقتضاه الضمان عندنا مطلقا موسرا أولا (قوله ولا من يعتق عليه) لأنه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الخلاف بين الإمام وصاحبيه (قوله إذا كان فى المال ربح هو هنا الخ) قال الزيلعى : والمراد من ظهور الربح المذكور أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن ، لأنه إذا كان قيمة العبد مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال ، حتى إذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه ، وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق شىء منهم لأن كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى يزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمنه إلى آخر اه لأنه يحتمل أن يهلك منهم اثنان فيتعين الباقى لرأس المال ولعدم الأولوية .

وقال فى المنح : والمراد من الربح هنا أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن ، حتى لو كان المال ألفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فأعتقهما المضارب لا يصح عتقه ، وأما بالنسبة إلى استحقاق المضارب فإنه يظهر فى الجملة ربح ، حتى لو أعتقهما رب المال فى هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا كان أو معسرا كذا فى الفتاوى الظهيرية اه وإن لم يظهر ربح بالمعنى المذكور جاز شراؤه لعدم ملكه بحر (قوله كما بسطه العينى) عبارته هى عين التى نقلناها عن الزيلعى فى المقولة السابقة (قوله وقع الشراء لنفسه) لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشترى ينفذ عليه اه منح وضمن فى الصورتين .

ففى الوجه الأول يضمن جميع الثمن إذا دفع من مال المضاربة إذ ليس له فيه من نصيب لعدم ظهور الربح فيه ، بخلاف الوجه الثانى حيث يسقط عنه من ثمنه بحسب ما يخصه فيما يظهر فيه من الربح ، هذا ما ظهر لى وكأنهم تركوا التنبيه عليه لظهوره اه أبو السعود (قوله وإن لم يكن ربح) أى فى الصورة الثانية وهى ما إذا

كما ذكرنا (صح) للمضاربة (فإن ظهر) الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء عتق حظه ولم يضمن نصيب المالك) لعتقه لا بصنعه (وسعى) العبد (المعتق فى قيمة نصيب رب المال ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الأب أو الوصى من يعتق على الصغير نفذ عل العاقد) إذ لا نظر فيه للصغير (والمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى صح وعتق عليه إن لم يكن مستغرقا بالدين وإلا لا) خلافا لهما زيلعى .

(مضارب معه ألف بالنصف اشترى أمة فولدت ولدا مساويا له) أى للألف (فادعاه موسرا فصارت

(قوله كما ذكرنا) أى من كون قيمته أكثر من رأس المال . (قوله صح اشترى المضارب من يعتق عليه) لعدم المفسد لأنه لا يعتق عليه شىء ، إذ لا ملك له فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز (قوله فإن ظهر الربح) أى فى صورة ما إذا اشترى المضارب من يعتق عليه ولم يكن فيه ربح ظاهر لأن قيمته لا تزيد على رأس المال ثم غلا سعره أو زادت أوصافه حتى غلت قيمته (قوله لعتقه لا بصنعه) لأنه إنما أعتق عند الملك لابصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار كما لو ورثه مع غيره بأن اشترت امرأة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج وأخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئا لأخيها لعدم الصنع منه درر .

[تتمة] شرى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح لأن هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه ، وإنما دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا زيلعى عن الكافى (قوله وسعى العبد المعتق الخ) قال فى الجوهرة : وولاؤه بينهما على قدر الملك عند أبى حنيفة ، وعندهما عتق كله وسعى فى رأس المال وحصة رب المال من الربح اهـ وإنما سعى العبد لأنه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى فيه عناية (قوله من يعتق على الصغير) ومثله المعتوه حموى (قوله إذ لا نظر فيه للصغير) أى فى شراء الأب والوصى وهى علة قاصرة ، والعلة فى الشريك هى المذكورة فى المضارب من قصد الاسترباح ط . وأما الشريك فلأن الشركة تتضمن الوكالة والوكيل لا يشترى من يعتق على الموكل عند التهمة كما مر آنفا والشركة قرينة قصد الربح كالمضاربة (قوله وإلا) بأن كان مستغرقا (قوله لا) أى لا يعتق ما اشتراه من قريب المولى عند الإمام (قوله خلافا لهما) وهذا الخلاف مبنى على أن المولى هل يملك أكساب عبده المأذون المستغرق بالدين أولا ؟ فعنده لا يملك ، وعندهما يملك أى فيعتق وإن كان المديون مستغرقا بالدين لماله ورقبته لأن السيد يملك ما فى يده وإن أحاط الدين بذلك ، وحينئذ يملك السيد قيمة العبد المعتق لغرماء المديون عندهما وعند الكل إذا لم يكن مستغرقا (قوله زيلعى) قال : وإن كان فيه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على أنه هل يدخل فى ملك المولى أم لا اهـ (قوله بالنصف) متعلق بمضارب (قوله اشترى أمة) أى قيمتها ألف (قوله فولدت) أى ووطئها المضارب فولدت (قوله ولدا مساويا له) أى الولد وحده مساويا للألف ، فلو كانت قيمة الولد أكثر من الألف نفذت دعوته فى الحال لظهور الربح فيه (قوله فادعاه موسرا) لأنه ضمان عتق .

قال منلا مسكين : واعلم أن قوله موسرا ليس بقيد لازم ، بل ذكره لأنه لما لم يضمن فى الولد مع أنه موسر فلأن لا يضمن إذا كان معسرا أولى اهـ أى إنما قيد به لنفى الشبهة ، وهى أن الضمان بسبب دعوة المضارب وهو الإعتاق فيختلف باليسار والإعسار ، فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ، لأن نفوذ العتق معنى حكمى لا صنع للمضارب فيه فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى ، إذ لا يجب ضمان التعدى إلا بالتعدى كما فى أخى جلبى .

قيمته) أى الولد وحده كما ذكرنا (ألفا ونصفه أى خمسمائة نفذت دعوته لوجود الملك بظهور الربح المذكور فعتق (سعى لرب المال فى الألف وربعه) إن شاء المالك (أو أعتقه) إن شاء (ولرب المال بعد قبضه ألفه) من الولد

والحاصل أنه لا يضمن لاموسرا ولا معسرا ، وإنما قيد به ليعلم أن الموسر لا يضمن بالطريق الأولى (قوله كما ذكرنا) أى فى قوله مساويا له فالكاف بمعنى مثل خبر صار وألفا بدل منه أو ألفا هو الخبر والجار والمجرور قبله حال منه (قوله نفذت دعوته) بخلاف ما لو أعتقه فزادت قيمته لأنه إنشاء والدعوة إخبار فتتوقف على ظهور الربح .

فإن قلت : قد ظهر الربح بظهور الولد قلنا : هذا قول زفر . وأما المذهب فلا يظهر الربح إذا كان رأس المال أجناسا مختلفة كل منها قدر رأس المال . قال الشيخ أبو الطيب : وإنما لم تنفذ دعوته إلا بعد صيرورة قيمته ألفا ونصفه إذ كل واحد منهما رأس المال فلا يظهر الربح ، لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر ، لأن بعضها ليس بأولى من البعض ، فإذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب فى الأمة ولا فى الولد وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته ، فإذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا وخمسمائة ظهر فيه فى ذلك الوقت فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك اهـ (قوله فعتق) قال فى التبيين : فإذا نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لأن العتق ثبت بالملك والنسب ، فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق إليه لأن الحكم يضاف إلى الوصف الأخير ، أصله وضع الفقة على السفينة والقدح الأخير ولا صنع للمضارب فى الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى ، إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدى اهـ مختصرا .

قال صاحب الكافى : سفينة لا تحمل إلا مائة من فأوقع فيها رجل منا زائدا على المائة فغرقت كان الضمان كله عليه اهـ والقدح الأخير المسكر هو المحرم أى على قول الإمام دون ما قبله وإن كان المفتى به قول محمد أن ما أسكر كثيره فقليله حرام ط (قوله سعى) حيث زاد الشارح نفذت يحتاج إلى واو العطف هنا بأن يقول وسعى عطفا على جواب المسألة التى زادها الشارح (قوله فى الألف وربعه) أى سعى الولد لرب المال فى الألف وربعه وهو مائتان وخمسون لأن الألف مستحق له برأس المال ومائتان وخمسون نصيبه من الربح ، فإذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضاربة وصارت كلها أم ولد له ، ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك ، وهو لا يختلف باليسار والإعسار ولا يتوقف على التعدى ، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه ضمان الإفساد فلا يجب عليه بغير تعد ولا على معسر عينى .

فإن قيل : لم لم يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحا والجارية مشغولة برأس المال على حالها قلنا : المقبوض من جنس رأس المال فكان أولى بجعله رأس المال ولأن رأس المال مقدم على الربح إذ لا يسلم له شىء من الربح إلا بعد سلامة رأس المال لرب المال فكان جعله به أولى بعد وصوله إلى يده اهـ تبيين (قوله أو أعتقه إن شاء) أى رب المال لكونه قابلا للعتق ، فإن المستسعى كالمكاتب عناية ، فيكون لرب المال الخيار إن شاء استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتقه (قوله بعد قبضه ألفه من الولد) أى ولو حكما كما لو أعتقه ، فإن بإعتاقه يصير قابضا حكما إنما شرط قبض رب المال الألف من الغلام

(تضمين المدعي) ولو معسرا لأنه ضمان تملك (نصف قيمتها) أي الأمة لظهور نفوذ دعوته فيها ، ويحمل على أنه تزوجها ثم اشتراها حبلى منه . ولو صارت قيمتها ألفا ونصفه صارت أم ولد وضمن للمالك ألفا وربعه لو موسرا ، فلو معسرا فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى وتمامه في البحر . والله أعلم .

حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لأنها مشغولة برأس المال فإذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولد له زيلعي (قوله تضمين المدعي) وهو المضارب (قوله لأنه ضمان تملك) وهو لايختلف باليسار والإعسار ولا يتوقف على التعدي زيلعي . بخلاف ضمان الولد لأنه ضمان عتق وهو يعتمد التعدي ولم يوجد (قوله لظهور) أي وقوع نفوذ دعوته صحيحة ظاهرا فيها بظهور ملكه فيها (قوله ويحمل على أنه تزوجها الخ) بأن يحمل أن البائع زوجها منه ثم باعها منه وهي حبلى حملا لأمره على الصلاح ، لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيها إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا لأن بعضها ليس بأولى به من البعض ، فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب في الأمة ولا في الولد ، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته . فإذا زادت قيمته وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح وملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها وهو الملك فصار ابنه وعتق بقدر نصيبه منه وهو سدسه ولم يضمن حصة رب المال من الولد ؛ لأن العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف العتق إليه ولا صنع له في الملك فلا ضمان لعدم التعدي ، فإذا اختار الاستسعاء استسعاه في ألف رأس ماله وفي سدسه نصيبه من الربح . فإذا قبض الألف صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له ، لأن الاستيلاد إذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ إجماعا ويجب نصف قيمتها لرب المال ، هذا حاصل ما تقدم في هذه المسألة (قوله منه) تنازع فيه كل من تزوجها واشتراها (قوله وضمن للمالك ألفا الخ) لأنها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعد الربح فنفذت دعوته فيها ، ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ، ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون ، فإذا وصل إليه ألف درهم استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه . وما لم يصل الألف إليه فالولد رقيق على حاله على نحو ما ذكرنا في الأم ، وبهذا علم أنها مسألة مستقلة موضوعها أنه لم يقبض الألف من الغلام فتدبر ، وقوله لو موسرا كذا وقع في البحر .

والذي يستفاد من كلامهم أن الضمان عليه مطلقا لأنه ضمان تملك فصار ذلك الضمان ببدل ، والضمان إذا كان ببدل يستوي فيه اليسار والإعسار ، ويدل عليه قول المؤلف فلا سعاية عليها لأنه لايضيع على المالك حقه وما لم يصل إلى رب المال رأس ماله فالولد رقيق ولذلك أطلقه العيني ، وحينئذ فقوله لو موسرا لامفهوم له ، لأنه لو كان معسرا فكذلك وتقدم أيضا ما يفيده (قوله وتمامه في البحر) قال فيه : ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الأم حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألفا ومائتين وخمسين إن كان موسرا ، وإن كان معسرا فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى . وما لم يصل إلى رب المال رأس ماله فالولد رقيق ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح ، ولو زادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية أم ولد له لأن الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب

باب المضارب يضارب

لاما وجب لما قدم المفردة شرع فى المركبة فقال (ضارب المضارب) آخر (بلا إذن) المالك (لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثانى ربح) الثانى (أولا) على الظاهر لأن الدفع إيداع وهو يملكه ، فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن

لاماوجب عليه(١) أيسر المالين لأنه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر ، ويأخذ منه أيضا مابقى من نصيبه من الربح ويضمن أيضا نصف عقرها لأنه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لأن عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ، ويسعى الغلام فى نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب اه مع إصلاح من عبارة الزيلعى ، أما قوله ويضمن الخ تقدم أنه يحمل على الاستيلاد بالنكاح فكيف يجب العقر كذا بخط الحلبى نقلا عن قارى الهداية ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

باب المضارب يضارب

يصح فى باب التنوين وعدمه على أنه مضاف للمضارب وجملة يضاب حال من المضارب أو صفة لأن المضارب بمنزلة النكرة إذ الألف واللام فيه للجنس وهذا على جعلهما متضايفين ، أما على التنوين فالظاهر أن جملة يضارب خبر المضارب . والمعنى أن المضارب تقع منه المضاربة . ويرد على الحالية أن الحال لايجىء من المضاف إلا فى صور ثلاث وليس هذا منها . ويرد على القطع أن المضارب ممنوع منها إلا بإذن والباب معقود للمضارب خاصة فتأمل ط بزازية (قوله لما قدم المفردة شرع فى المركبة) لأن المركب يتلو المفرد طبعا فكذا وضعا حموى .

ورده قاضى زاده بأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة رب المال إلا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين ، ألا يرى أن الثانى يتلو الأول ولكنه ليس بمركب من الأول ومن نفسه قطعا وإنما المركب منهما الاثنان . واستوجه فى المناسبة ما فى النهاية ومعراج الدراية حيث قالا : لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر فى هذا الباب حكم المضاربة الثانية إذ الثانية تتلو الأولى أبدا فكذا بيان حكمها اه ط (قوله بلا إذن) أى أو تفويض بأن لم يقل له رب المال اعمل برأيك ، لأنه إذا قال له ذلك يملك أن يضارب حينئذ اه شلبى أى لأن المضارب لايملك أن يضارب إلا بإذن رب المال (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية عن الإمام وهو قولهما . وفى رواية الحسن عنه لم يضمن ما لم يربح لأنه يملك الإبضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح ، فإذا ربح فقد ثبت له شركة فى المال فيصير كخلط مالها بغيره فيجب الضمان .

وجه ظاهر الرواية : أن الربح إنما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونا به وهذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة ، فإذا كانت فاسدة لا يضمن الأول وإن عمل الثانى لأنه أجير فيه والأجير لا يستحق شيئا من الربح فلا تثبت الشركة له ، بل له أجر مثله على المضارب الأول وللأول ما شرط له من الربح اه منح (قوله فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن) لأنه حصل العمل فى المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان ، فجعل الأمر مراعى أى موقوفا قبل العمل حتى إذا عمل الثانى وجب الضمان وإلا فلا ط .

فإن قلت إنه بالعمل مستبضع ولا تظهر المخالفة إلا بظهور الربح ، يجاب بأنه لم يعمل مجانا حتى يكون

---

(١) (قوله لاما وجب عليه الخ) كذا بالأصل وليحرر اه .

إلا إذا كانت الثانية فاسدة فلا ضمان وإن ربح ، بل للثانى أجر مثله على المضارب الأول ، وللأول الربح المشروط (فإن ضاع) المال (من يده) أى يد الثانى (قبل العمل) الموجب للضمان (فلا ضمان) على أحد (وكذا لا ضمان (لو غصب المال من الثانى و) إنما (الضمان على الغاصب فقط ، ولو استهلكه الثانى أو وهبه فالضمان عليه خاصة (فإن عمل) حتى ضمنه (خير رب ، المال إن شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله .

مستبضعا بل عمل على طمع الأجر وهو ما شرط له من الربح فتحصل المخالفة بمجرد العمل فيوجد سبب الضمان (قوله إلا إذا كانت الثانية فاسدة) قال فى البحر : وإن كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما فلاضمان على واحد منهما وللعامل أجر المثل على المضارب الأول ويرجع به الأول على رب المال ، والوضيعة على رب المال والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثانى أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة فللأول أجر مثله اه أى لأنه حينئذ يكون الثانى أجيرا والمضارب له أن يستأجر .

قال فى التبيين : هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين . وأما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلتاهما فلا ضمان على واحد منهما ، لأنه إن كانت الثانية هى الفاسدة صار الثانى أجيرا ، وللأول أن يستأجر من يعمل فى المال ، وإن كانت هى الأولى فكذلك لأن فسادها يوجب فساد الثانية ، لأن الأولى لما فسدت صارت إجارة وصار الربح كله لرب المال ، ولو صحت الثانية فى هذه الحالة لصار الثانى شريكا ، وليس للأجير أن يشارك غيره فكانت فاسدة بالضرورة وكانا أجيرين ، وكذا إذا كانتا فاسدتين ، وإذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما اه بتصرف ما .

والحاصل أن صحة الثانية فرع عن صحة الأولى ، فلا تصح الثانية إلا إذا كانت الأولى صحيحة ، فاشتراط صحة الثانية اشتراط لصحة الأولى (قوله على المضارب الأول) ويرجع به الأول على رب المال (قوله وللأول الربح المشروط) يعنى والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثانى أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة وإلا فللأول أجر مثله أيضا وربح كله لرب المال كما ذكرنا (قوله ولو استهلكه الثانى) قال الإتقانى : والحاصل أنه لاضمان على واحد منهما قبل عمل الثانى فى ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ، وإذا عمل الثانى فى المال إن عمل عملا لم يدخل تحت المضاربة بأن وهب المضارب الثانى المال من رجل أو استهلكه فالضمان على الثانى دون الأول ، وإن عمل عملا دخل تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئا : فإن ربح فعليهما الضمان ، وإن لم يربح فلا ضمان على واحد منهما فى ظاهر الرواية اه وفيه تأمل ط (قوله فالضمان عليه خاصة) والأشهر الخيار فيضمن أيهما شاء كما فى الاختيار (قوله فإن عمل حتى ضمنه) حتى للتفريع ، فإن الضمان مرتب بالعمل فقط وضمن بالبناء للمجهول فإن الضمان مرتبط بالعمل فقط (قوله خير رب المال) قال فى التبيين : ثم رب المال بالخيار ، إن شاء ضمن الأول رأس ماله لأنه صار غاصبا بالدفع إلى غيره بغير إذنه ، وإن شاء ضمن الثانى لأنه قبض مال الغير بغير إذن صاحبه ، فإن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول والثانى والربح بينهما على ما شرطا لأنه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف ، فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة إلى الثانى ، وإن ضمن الثانى يرجع بما ضمن على الأول لأنه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان ، فإذا لم يسلم رجع عليه بالمخالفة إذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما ، لأنه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا إلى وقت التعدى ، فتبين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثانى ماربح لأنه يستحقه بالعمل ولا خبث فى عمله ، ولايطيب للأول لأنه يستحقه برأس المال وملكه

وإن شاء ضمن الثاني) وإن اختار أخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك بحر (فإن أذن) المالك (بالدفع ودفع بالثلث وقد قيل) للأول (ما رزق الله فبيننا نصفان فللمالك النصف) عملا بشرطه (وللأول السدس الباقي وللثاني الثلث) المشروط .

(ولو قيل ما رزقك الله بكاف الخطاب) والمسألة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان) باعتبار الكاف فيكون لكل ثلث (ومثله ما ربحت من شيء أو ما كان لك فيه من ربح ونحو ذلك) وكذا لو شرط للثاني أكثر من الثلث أو أقل فالباقي بين المالك والأول .

(ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) لأنه لم يربح سواه .

(ولو قيل ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل الله فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني كذلك ولا شيء للأول) لجعله ماله للثاني .

فيه ثبت مستندا فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق اه لأن الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث في الربح فلا يطيب اه اتقاني .

وفي البحر : ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فإن قال الأول للثاني اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أي الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول والأول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال وإلا لا ضمان على الأول وضمن الثاني والثالث كذا في المحيط . قوله وإلا لا ضمان على الأول : أي إن لم يقل الأول للثاني اعمل فيه برأيك (قوله وإن شاء ضمن الثاني) فيه إشعار بأنه إذا ضمن يرجع على الأول ويطيب الربح له دون الأول لأنه ملكه مستندا قهستاني (قوله ليس له ذلك) لأن المال بالعمل صار غصبا وليس للمالك إلا تضمين البدل عند ذهاب العين المغصوبة ، وليس له أن يأخذ الربح من الغاصب كذا ظهر لي ط (قوله فإن أذن) مفهوم قوله بلا إذن (قوله عملا بشرطه) لأنه شرط نصف جميع الربح له (قوله الباقي) أي الفاضل عما اشترطه للثاني . لأن ما أوجبه الأول له ينصرف إلى نصيبه خاصة . إذ ليس له أن يوجب شيئا لغيره من نصيب المالك . وحيث أوجب للثاني الثلث من نصيبه وهو النصف يبقى له السدس .

قال في البحر : وطلب الربح للجميع لأن عمل الثاني عمل عن المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر (قوله وللثاني الثلث المشروط) لأن الدفع الثاني صحيح لأنه بأمر المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله وجعل الأول للثاني ثلثه فينصرف ذلك إلى نصيبه إلى آخر ما تقدم . وكان المناسب أن يقول من كل المال عوضا عن قوله الباقي (قوله والباقي بين الأول والمالك نصفان) لأن رب المال هنا شرط أن يكون ما رزق الله المضارب الأول بينهما نصفين والمرزوق للأول هو الثلثان . لأن الثلث استحقه الثاني بشرط الأول وهو مأذون له فلم يكن من رزق الأول إلا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا عيني (قوله باعتبار الكاف) أي في قوله ما رزقك فقد جعل المناصفة فيما رزق المضارب الأول وهو لم يرزق إلا الثلثين فينصفان (قوله ونحو ذلك) كما كان لك من فضل الله أو النماء أو الزيادة (قوله ولو قال له) أي رب المال للمضارب (قوله واستويا فيما بقي) لأن الأول شرط للثاني النصف وشرطه صحيح لأنه بإذن المالك واستويا فيما بقي وهو النصف . لأن رب المال لم يشترط لنفسه هنا إلا نصف ما ربحه الأول ولم يربح الثاني الأول إلا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الأول عيني .

أقول : لا فرق بين هذه والتي تقدمت إلا من حيث اشتراط المضارب الثاني ، فإن في الأول شرط له الثلث فكان ما بقي بينهما وفي الثانية شرط له النصف فكان النصف الباقي بينهما كذا في بعض الحواشي (قوله ولا شيء للأول) لأن قول رب المال ما رزق الله أو ما كان من فضل ينصرف إلى جميع الربح فيكون له

(ولو شرط) الأول (للثانى ثلثيه) والمسألة بحالها (ضمن الأول للثانى سدسا) بالتسمية لأنه التزم سلامة الثلثين (وإن شرط) المضارب (للمالك ثلثه و) شرط (لعبد المالك ثلثه) وقوله (على أن يعمل معه) عادى وليس بقيد (و) شرط (لنفسه ثلثه صح) وصار كأنه اشترط للمولى ثلثى الربح كذا فى عامة الكتب ،

النصف من الجميع وقد شرط المضارب الأول للثانى جميع الربح فلم يبق للأول شىء عينى (قوله ضمن الأول للثانى سدسا) لأن رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الأول ، لأن شرطه صحيح لكونه معلوما : لكن لا ينفذ فى حق رب المال ، إذ لا يقدر أن يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لأنه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد لأنه غره فى ضمن عقد المضاربة عينى (قوله لأنه التزم سلامة الثلثين) قال فى الدرر لأنه شرط للثانى شيئا هو مستحق للمالك وهو السدس فلم ينفذ فى حق المالك ووجب عليه الضمان بالتسمية لأنه التزم السلام ، فإذا لم يسلم رجع عليه كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الأجير رجلا آخر ليخيط بدرهم ونصف فإنه يضمن له زيادة الأجر اهـ (قوله وشرط لعبد المالك) التيقييد بعبد المالك ليس للاحتراز لأن عبد المضارب كذلك ، وقيل التقييد به لدفع توهم أن يده للمولى فلم يحصل التخلية وعليه كلام الدرر . وقيل لما فيه خلاف بين أصحاب الشافعى والحنبلى وغيرهما لا لأحد ، وعبد المالك وعبد المضارب سواء فى جواز الشرط والمضاربة لو شرط العمل ، وإن لم يشترط ففى عبد المالك كذلك وفى عبد المضارب كذلك عندهما وعلى قول أبى حنيفة لم يصح الشرط ويكون المشروط لرب المال كما لم يصح الشرط لأجنبى أو لمن لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له فيكون المشروط لرب المال هذا زبدة ما فى الذخيرة والبيانية .

قال فى البحر : قيد بعبد رب المال لأن عبد المضارب لو شرط له شىء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط له لرب المال إذا كان على العبد دين وإلا لا يصح سواء شرط عمله أولا ويكون للمضارب . وقيد بكون العاقد المولى لأنه لو عقد المأذون له عقدها مع أجنبى وشرط عمل مولاه لا يصح إن لم يكن عليه دين وإلا صح كما يأتى ، وشمل قوله العبد ما لو شرط للمكاتب بعض الربح فإنه يصح ، وكذا لو كان مكاتب المضارب لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه ، وإن لم يشترط عمله لا يجوز وعلى هذا غيره من الأجانب فتصح المضاربة وتكون لرب المال ويبطل الشرط اهـ وسيأتى الكلام فيه ، والمرأة والولد كالأجانب هنا كذا فى النهاية ، وقيد باشتراط عمل العبد لأن اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد لها كما سيأتى (قوله عادى) أى اشتراط عمل العبد عادى ، فإن العادة فى نحو ذلك أن يكون العبد معينا فى العمل فهو اتفاقى لا احترازى (قوله وليس بقيد) أى للصحة ، إذ لو اشترط له الثلث ولم يشترط عمله صح ويكون لمولاه ، لكن فائدة اشتراط عمله تظهر فى أخذ غرمائه ما شرط له حينئذ وإلا فليس لهم بل للمولى .

قال الزيلعى : وهذا ظاهر لأنه باشتراط عمله صار مضاربا فى مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه وإلا فهو للمولى الخ . واستفيد منه أنه إذا اشترط عمله فلم يعمل لم يكن للغرماء بل للمولى لأنه حيث لم يعمل لم يكن من كسبه أبو السعود (قوله صح) أى تقسيم الربح وشرط عمل العبد ، وعلة الأول ما ذكره المؤلف ، وعلة الثانى أن العبد أهل أن يضارب فى مال مولاه ، وللعبد يد حقيقة ولو كان محجورا حتى يمنع السيد عن أخذ ما أودعه عبده المحجور ، والعبد هنا صار مأذونا باشتراط العمل عليه فلا يد لمولاه بعد تسليم المال

وفى نسخ المتن والشرح هنا خلط فاجتنبه .

(ولو عقدها المأذون مع أجنبى وشرط) المأذون (عمل مولاه لم يصح إن لم يكن) المأذون (عليه دين) لأنه كاشتراط العمل على المالك (والأصح) لأنه حينئذ لا يملك كسبه (واشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد) للعقد لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة (وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه أو عمل رب المال مع) المضارب (الثانى) بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه كما لو ضارب مولاه .

(ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو فى الرقاب) أو لامرأة المضارب أو مكاتبه صح العقد (ولم يصح الشرط

إليه فصحت المضاربة زيلعى (قوله وفى نسخ المتن والشرح هنا خلط) أى فى تعبيره للمالك بثلثين أو فى تعبيره فى بعض النسخ بالثانى ، أما نسخ المتن فقد رأيت فى نسخة منه : ولو شرط للثانى ثلثيه ولعبد المالك ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اه وهو فاسد كما ترى لعدم اجتماع أثلاث أربعة ولعدم وجود مضارب ثان فى المسألة .

وأما الشرح فنصه : وقوله على أن يعمل معه عادى وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده ، وإن لم يشرط عمله لا يجوز اه فإن الصواب حذف قوله لايجوز لما علمت من العبارة السابقة اه حابى بإيضاح ط .

أقول : وسبق الشارح إلى التنبيه على ذلك محشى المنح العلامة الخير الرملى (قوله إن لم يكن عليه دين) أى مستغرق لماله ورقبته لأن به يخرج المال عن ملك سيده ، وهذا عند الإمام كما تقدم ويأتى ، لأن المولى لايملك كسب عبده المديون فصار من أهل أن يعمل فى مال المضاربة . وعندهما يملك سيده مافى يده وإن أحاط دينه بماله ورقبته فينبغى أن لايصح اشتراط العمل على المولى عندهما مطلقا فليراجع (قوله لايملك كسبه) فصار السيد من أهل أن يعمل فى مال المضاربة وهذا على الخلاف كما سمعت (قوله واشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد الخ) لأن المضاربة لابد فيها من عمل المضارب ولا يمكنه العمل مع عدم التخلية وهى العلة فى المسألة الثانية والثالثة ، وهذه المسألة كالتعليل لما قبلها فكان الأولى تقديمها وتفريع الأولى عليها (قوله بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه) أى إذا دفع المكاتب مال مضاربة لآخر وشرط عمل مولاه فيها فإنه لايفسد مطلقا سواء كان عليه دين أو لا لأنه لايملك إكتابه لأنه يعامل معاملة الأحرار فيما فى يده ، فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت كما فى البحر وكان الأنسب ذكره بعد مسألة المأذون (قوله كما لو ضارب مولاه) فإنه يصح لما قلنا (قوله أو فى الرقاب) أى فكها من أسر الرق وفساد الشرط فى الثلاثة لعدم اشتراط العمل كما سيظهر (قوله أو لامرأة المضارب أو مكاتبه الخ) لكن عدم صحة الشرط فى هذين إذا لم يشترط عملهما كما سيشير إليه بقوله ومتى شرط لأجنبى الخ ومر عن النهاية أن المرأة والولد كالأجنبى هنا .

وفى التبيين : ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب إن شرط عمله جاز وكان المشروط له لأنه صار مضاربا وإلا فلا ، لأن هذا ليس بمضاربة وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم : وعلى هذا غيره من الأجانب إن شرط له بعض الربح وشرط عمله عليه صح وإلا فلا (قوله ولم يصح الشرط) وما فى السراجية من الجواز فيما إذا شرط ثلث الربح لامرأة المضارب أو مكاتبه أو للمساكين أو فى الرقاب أو الحج محمول على جواز عقد لا الشرط ويكون ذلك لرب المال ، فلا يخالف ماهنا ولا يحتاج إلى ماوجهه العلامة أبو السعود من أن المسألة خلافية لأنه لم يقف على هذا التوفيق هو ولا شيخه فجعل المسألة ذات خلاف ، ومحل عدم الشرط

ويكون) المشروط (لرب المال . ولو شرط البعض لمن شاء المضارب ، فإن شاءه لنفسه أولرب المال صح) الشرط (وإلا) بأن شاءه لأجنبي (لا) يصح . ومتى شرط البعض لأجنبي إن شرط عليه عمله صح الشرط وإلا لا ، لكن في القهستاني أنه يصح مطلقا . والمشروط للأجنبي إن شرط عمله وإلا فللمالك أيضا ، وعزاه للذخيرة خلافا للبرجندي وغيره فتنبه :

ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب أو دين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ،

في امرأة المضارب ومكاتبه إذا لم يشترط عملهما (قوله ويكون المشروط لرب المال) لأنه لما بطل الشرط كان الربح تبعا لأصله وهو رأس المال وهو لرب المال فكذا ربحه (قوله لايصح) حيث لم يشرط عمله فوافق مابعده (قوله إن شرط عليه عمله صح) أي الاشتراط كالعقد (قوله وإلا لا) أي إن شرط البعض للأجنبي ولم يشترط عمله لايصح الاشتراط ويكون لرب المال ، أما العقد فصحيح .

واستفيد من هذا الشرط أنه لايشترط المساواة بين المضاربين في المال الواحد لأنه أطلق البعض فشمل ما إذا كان مثل ماشرط للمضارب أو أقل أو أكثر لأن أحدهما قد يكون أهدى للعمل أو فيه مرجح آخر كما في الشركة :

والحاصل أن ماشرط لثالث إن كان يرجع إلى المضارب جاز ويكون للمضارب كاشتراطه لعبده غير المديون وإلا فهو لرب المال . والفرق أن شرط الربح لعبده كالشرط له فيصح له ، بخلاف الشرط لزوجته ونحوها لأنه لايثبت الملك له لأن الزوجة والولد كالأجنبي هنا كما قدمناه ، وفهم هذا من قول القهستاني : وفيه إشارة إلى أنه إن شرط شيء لعبد المضارب أو لأجنبي ليعمل مع المضارب صح والمشروط للمضارب ، يعني في الأولى وللأجنبي يعني في الثانية وإلى أنه لو لم يشترط عمل أحد منهم صح العقد والمشروط للمالك سواء كان على العبد دين أو لا ، وتمامه في الذخيرة ، فليت الشارح سلك هذا النظام ولم يغير التحرير والبيان (قوله لكن في القهستاني) لا محل للاستدراك مع هذا التقرير ، لأن قوله يصح مطلقا : أي عقد المضاربة صحيح سواء شرط عمل الأجنبي أو لا ، غير أنه إن شرط عمله فالمشروط له وإلا فلرب المال لأنه بمنزلة المسكوت عنه ، ولو كان المراد أن المشروط صحيح مطلقا نافى قوله وإلا : أي وإن لم يشترط عمله فللمالك (قوله وإلا فللمالك) أي وإن لم يشترط عمله فللمالك .

قال في النهاية معزيا للذخيرة : إذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب ، فإن كان لأجنبي وشرط عمله فالمضاربة جائزة والشرط جائز ويصير رب المال دافعا المال مضاربة لرجلين ، وإن لم يشترط عمل الأجنبي فالمضاربة جائزة والشرط باطل ويجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال اهـ (قوله خلافا للبرجندي) كلامه في العبد لا في الأجنبي كما يعلم بمراجعة شرح الملتقى (قوله جاز) قال في البحر : وإذا كان الاشتراط للعبد اشتراطا لمولاه فاشتراط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال جائز بالأولى إلى آخر ماهنا (قوله ويكون) أي البعض (قوله قضاء دينه) اسم يكون ضمير يعود على البعض والجار والمجرور هو الخبر وقضاء دينه نائب فاعل المشروط . والمعنى ويكون ذلك البعض للذي شرط له قضاء دينه من المضارب أو المالك .

واستفيد مما مر أنه لابد أن يكون البعض شائعا في جميع المال كالثلث والربع والسدس ، أما لو كانت دراهم معينة فإنه تفسد به المضاربة لأنه يؤدي لقطع الشركة في الربح ، وإنما أطلقه هنا اعتمادا على ماقدمه بأن

ولا يلزم بدفعه لغرمائه بحر .

(وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) لكونها وكالة ، وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقا قهستاني .

وفى البزازية : مات المضارب والمال عروض باعها وصيه . ولو مات رب المال والمال نقد تبطل فى حق التصرف ولو عرضا تبطل فى حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد

لايشترط لأحدهما دراهم مسماة من الربح (قوله ولا يلزم) أى كل من المالك والمضارب .

وعبارة البحر : ولا يجبر على دفعه لغرمائه (قوله بموت أحدهما) سواء علم المضارب بموت رب المال أم لم يعلم ، حتى لايملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر ويملك بيع ما كان عرضا لنض المال لأنه عزل حكمى قاضيخان (قوله وحجر يطرأ على أحدهما) بجنون أو سفه أو حجر مأذون (قوله وبجنون أحدهما مطبقا) هو داخل تحت قوله وحجر إلا أنه ذكره لتقييده بالإطباق (قوله باعها وصيه) أى وصى المضارب، لأن العزل لايمكن حينئذ فى المضارب فلا يجرى على وصيه . وقيل إن ولاية البيع تكون لرب المال ووصى المضارب كليهما ، وهو الأصح لأن الحق كان للمضارب ولكن الملك لرب المال فصار بمنزلة مال مشترك بين اثنين فيكون الأمر إليهما اهـ .

قلت : فلو لم يكن له وصى هل يستبد المالك بالبيع أو ينصب القاضى وصيا يبيع معه ، الظاهر نعم حموى .

والذى فى الهندية : فإن لم يكن له وصى جعل القاضى له وصيا يبيعها فيوفى رب المال رأس ماله وحصته من الربح ويعطى حصة المضارب من الربح غرماءه أى إن كان له غرماء فغرماء المضارب لايأخذون عروضها لأنها مال الغير ط (قوله تبطل فى حق التصرف) أى ولاتبطل فى حق كونه وديعة (قوله تبطل فى حق المسافرة) أى إلى غير بلد رب المال ، فلو أتى مصرا واشترى شيئا فمات رب المال وهو لايعلم فأتى بالمتاع مصرا آخر فنفقة المضارب فى مال نفسه وهو ضامن لما هلك فى الطريق، فإن سلم المتاع جاز بيعه لبقائها فى حق البيع ولو خرج من ذلك المصر قبل موت رب المال ثم مات لم يضمن نفقته فى سفره اهـ بزازية وقوله فأتى بالمتاع مصرا يعنى غير مصر رب المال ، فإنه لو أخرجه يعنى بعد موت رب المال إلى مصر رب المال لايضمن لأنه يجب عليه تسليمه فيه ذكره فيها أيضا وذكره قاضيخان ، لكن تقدم أن التخصيص يصح قبل صيرورتها عروضا لابعده، وكل موضع صح العزل فيه صح التخصيص فيه ومالا فلا .

ونقل فى النهاية أنه لايصح نهيه عن المسافرة فى الرواية المشهورة ، وإن نهاه لم يتعلق بنهيه حكم حتى ينض ثمنه نحو أن يقول لاتبع نسيئة لأن حق التصرف ثابت له لأنه يحتاج إلى أن يبيعه ليظهر الربح فإذا نهاه عن ذلك فقد أبطل حقه فى التصرف فلم يصح . وإذا لم يملك عزله حتى ينض لم يملك تخصيص الإذن أيضا لأنه عزل من وجه . وأما إذا نهاه عن المسافرة لم يصح نهيه على الروايات المشهورة لأنه يملك المسافرة بإطلاق العقد .

ثم قال : وفى الذخيرة وكل جواب عرفته فى الفصول كلها إذا منع رب المضارب عن التصرف فهو الجواب فيما إذا مات رب المال اهـ فعلم منه أن مانقله الشارح هنا من بطلانها فى حق المسافرة على غير الروايات المشهورة فتدبر (قوله فله بيعه) أى مال المضاربة بعرض وتقدم ثم يكون العرض الثانى كالأول فله بيعه بعرض أيضا إلى أن يصير مال المضاربة مثل رأس المال وإن كان مال المضاربة من جنس رأس المال من حيث الثمنية إلا أنه

(و) بالحكم (بلحوق المالك مرتدا ، فإن عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها) حكم بلحاقه أم لا عناية (بخلاف الوكيل) لأنه لا حق له بخلاف المضارب ، ولو ارتد المضارب فهى على حالها (فإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت)

من خلاف جنسه من حيث الحقيقة بأن كان رأس المال دراهم ومال المضاربة دنانير أو على العكس بعمل نهى رب المال إياه عما هو شر من كل وجه ، حتى لا يملك شراء العروض به ويملك صرفه بما هو من جنس رأس المال أى مال المضاربة ، وعلى هذا موت رب المال فى بيع العروض ، يعنى إذا مات رب المال والمال عروض فللمضارب أن يبيع العروض حتى ينض رأس المال ونحوها بأن كان رأس المال دراهم والمال دنانير كان له أن يبيع الدنانير كما فى العزل نهاية (قوله وبالحكم بلحوق المالك مرتدا) أى إذا حكم بلحوقه من يوم ارتد وانتقل ملكه إلى ورثته ، فإن كان المال يومئذ قائما فى يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فما اشتراه له ربحه وعليه وضيعته لأنه قد انعزل عن المضاربة وزال ملك الآمر عن المال فصار متصرفا فى ملك الورثة بغير أمره ، وإن كان المال مشاعا أو عروضا أو غير الدراهم والدنانير من سائر الأموال فبيع المضارب وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال كما فى السراج الوهاج ، وإنما بطلت لأن اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله ويعتق أمهات أولاده ومدبروه زيلعى ، والمراد بالمالك خصوص الرجل .

ولهذا قال فى غاية البيان : ولو كان رب المال امرأة فارتدت فهى بمنزلة المسلمة لأنها لا تقتل فلم تنعقد الردة سبب التلف فى حقها اه ، وسيشير الشارح إليه قريبا (قوله فإن عاد الخ) ينبغى أن يكون هذا إذا لم يحكم بلحوقه ، أما إذا حكم بلحوقه فلا تعود المضاربة لأنها بطلت كما هو ظاهر عبارة الإتقانى فى غاية البيان ، لكن فى العناية أن المضاربة تعود سواء حكم بلحاقه أم لا فتأمل .

ونص عبارته : وإذا ارتد رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ، يعنى إذا لم يعد مسلما . أما إذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده كانت المضاربة كما كانت اه .

أقول : لكن يشكل على ماذكر بأن الباطل لا يعود صحيحا فكيف تصح المضاربة بعد الحكم بلحوقه بعوده والحال أنها بطلت بالحكم بلحوقه ، إلا أن يجاب بأن البطلان موقوف إلى حال التبيين ، فإذا تبين رجوعه بقيت على أصلها ، ويدل لذلك عبارة غاية البيان كانت المضاربة كما كانت ، فيكون قوله بطلت أى بطلانا موقوفا إن تبين وإلا فباتا تأمل (قوله حكم بلحاقه أم لا) أما قبل الحكم فلأنه بمنزلة الغيبة وهى لا توجب بطلان المضاربة ، وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة ط عن الشرنبلالية (قوله بخلاف الوكيل) أى إذا ارتد الموكل وحكم بلحاقه فإن الوكالة تبطل ولا تعود بعوده إلى الإسلام لأن محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل (قوله بخلاف المضارب) فإن له حقا فإذا عاد المالك فهى على حالها ، والأولى حذفه لأنه مستفاد مما تقدم فلا حاجة إليه (قوله ولو ارتد المضارب فهى على حالها) عندهما ، حتى لو تصرف وربح ثم قتل كان ربحه بينهما على ماشرطا اه برهان ، فإن لحق وباع واشترى هناك ثم رجع مسلما فله جميع ما اشترى وباع فى دار الحرب ولا ضمان عليه فى شىء من ذلك هندية ، وذلك لأن تصرفات المرتد إنما توقفت بالنظر إلى ملكه ولا ملك للمضارب فى مال المضاربة وله عبارة صحيحة ، فلا توقف فى ملك المالك فبقيت المضاربة على حالها .

قال فى العناية : وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الورثة ، ولا توقف فى ملك رب المال لعدم تعلقه به ،

وما تصرف نافذ ، وعهدته على المالك عند الإمام بحر .
(ولو ارتد المالك فقط) أى ولم يلحق (فتصرفه) أى المضارب (موقوف وردة المرأة) لأنها لا تقبل فلم ينعقد بسبب التلف فى حقها (غير مؤثرة ، وينعزل بعزله) لأنه وكيل (إن علم به) بخبر رجلين مطلقا أو فضولى عدل أو رسول مميز (وإلا) يعلم (لا) ينعزل (فإن علم) بالعزل ولو حكما كموت المالك ولو حكما (والمال عروض) هو هنا ما كان خلاف جنس رأس المال ، فالدراهم والدنانير هنا جنسان

أى فلا يعطى له حكم الموت بالنسبة إليه وظاهره سواء لحق ولم يحكم به أولا كما فى الدرر وصدر الشريعة (قوله وما تصرف نافذ الخ) أى حيث كانت المضاربة باقية على حالها فى قولهم جميعا فجميع مافعل ذلك جائز والربح بينهما على ماشرطا خلا أن مايلحقه من العهدة فيما باع واشترى حيث يكون على رب المال فى قول أبى حنيفة لأن حكم العهدة يتوقف بردته لأنه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبى المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء . وفى قولهما حاله فى التصرف بعد الردة كهى فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال كما فى العناية ، وكان الأولى تقديم هذه العبارة على قوله فإن مات .

والحاصل فرق بين الارتدادين قبل اللحوق وبعده لافرق بينهما (قوله ولو ارتد المالك فقط) محترز قوله وبلحوق المالك ، وعلى هذا لافرق بين المالك والمضارب ، فلو قال وبلحوق أحدهما ثم قال ولو ارتد أحدهما فقط الخ لكان أخصر وأظهر تأمل ، لكن الفرق أنه إذا ارتد المضارب فتصرفه نافذ (قوله أى ولم يلحق) ومثله إذا لحق ولم يحكم بلحاقه (قوله فتصرفه) أى المضارب موقوف عند الإمام أى لتعلق حق ورثة المالك بالمال لزوال ملكه بالردة ، فإن عاد إلى الإسلام عاد ملكه ونفذ تصرف المضارب ، وإن مات أو قتل أو حكم بلحاقه عاد المال إلى الورثة ، وبطل تصرف المضارب وعليه لافرق بين المالك والمضارب لا بالتصرف فإن تصرف المضارب نافذ دون المالك ، وعليه فالأخصر أن يقول وبلحوق أحدهما ثم يقول ولو ارتد أحدهما فقط الخ (قوله وردة المرأة غير مؤثرة) سواء كانت هى صاحبة المال أو المضاربة إلا أن تموت أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها لأن ردتها لاتؤثر فى أملاكها فكذا لاتؤثر فى تصرفاتها منح (قوله إن علم به) أى ولو العزل حكما فلا ينعزل فى الحكمى إلا بالعلم ، بخلاف الوكيل حيث ينعزل فى الحكمى وإن لم يعلم كذا قالوا .

فإن قلت : ماالفرق بينهما ، قلت : قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لاحق له ، بخلاف المضارب منح .

والذى فى الهندية عن الخانية : تبطل المضاربة بموت رب المال علم بذلك أو لم يعلم ، حتى لايملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر اهـ وتقدم ذكره (قوله مطلقا) أى وإن لم يكونا عدلين ، بأن كانا فاسقين أو مستورين (قوله أو فضولى عدل) كان الأنسب أن يقول أو واحد عدل بقرينة السياق وكأنه راعى ماتقدم فى باب عزل الوكيل من أن العزل يثبت بمشافهة وكتابة ورسالة وإخبار فضولى ، ويعتبر فيه أحد شطرى الشهادة من العدد أو العدالة (قوله مميز) أى ولو رقيقا أنثى غير بالغ ولا عدل ، لأن الرسول والوكيل كالأصيل ، وهذا عند الإمام . وعندهما لافرق بين الرسول وغيره كما فى أخواتها (قوله ولو حكما) كموت المالك أى ولو كان العزل حكما فإنه يشترط فيه العلم على ماسلف لأنه عزل حكمى (قوله ولو حكما) كارتداده مع الحكم باللحوق وجنونه مطبقا (قوله فالدراهم والدنانير هنا جنسان) التفريع غير ظاهر لأنهما قد يكونان جنسا واحدا فى كثير من المسائل ، وحينئذ ، فالأولى الواو كما فى البحر والمنح ، فإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير فله بيعها بالدراهم استحسانا ، وبالعكس بعد العلم بالعزل حتى يكون من جنس رأس المال ليتميز الربح فيتبين حظه

(باعها) ولو نسيئة وإن نهاه عنها (ثم لايتصرف فى ثمنها) ولا فى نقد من جنس رأس ماله ويبدل خلافه به استحسانا لوجوب رد جنسه وليظهر الربح (ولا يملك المالك فسخها فى هذه الحالة)

منه ، لكن تقدم فى البيع الفاسد أن الدراهم والدنانير جنس واحد فى ثمان مسائل : منها فى المضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء اه .

وكتب سيدى الوالد رحمه الله تعالى ثمة قوله ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء لم يذكر ذلك التقسيم فى العمادية وإنما ذكر صورتين فى المضاربة .

إحداهما ما إذا كانت المضاربة دراهم فمات رب المال أو عزل المضارب عن المضاربة وفى يده دنانير لم يكن للمضارب أن يشترى بها شيئا ولكن يصرف الدنانير بالدراهم ، ولو كان مافى يده عروضا أو مكيلا أو موزونا له أن يحوله إلى رأس المال ، ولو باع المتاع بالدنانير لم يكن له أن يشترى بها إلا الدراهم .

ثانيتهما لو كانت المضاربة دراهم فى يد المضارب فاشترى متاعا بكيلى أو وزنى لزمه ، ولو اشترى بالدنانير فهو على المضاربة استحسانا عندهما اه ملخصا ، فالصورة الأولى تصلح مثالا للانتهاء والثانية للبقاء ، لكن لم يظهر لى كون الأولى مما نحن فيه ، إذ لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنسا واحدا ماكان يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم تأمل ، ثم رأيت الشارح فى باب المضاربة جعلها جنسين فى هذه المسألة ، وهذا عين مافهمته ، ولله تعالى الحمد .

وأما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح وقال ط : صورته عقد معه المضاربة على ألف دينار وبين الربح فدفع له دراهم قيمتها من الذهب تلك الدنانير صحت المضاربة والربح على ماشرطا أولا كذا ظهر لى اه كلام سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله باعها) أى له بيعها ولا يمنعه العزل من ذلك إتقانى (قوله وإن نهاه عنها) أى عن النسيئة ولا يملك المالك فسخها فى هذه الحالة كما لايصح نهيه عن المسافرة فى الروايات المشهورة ، وكما لايملك عزله لايملك تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه بحر عن النهاية وسيأتى ، وإنما لايملك ذلك لأن له حقا فى الربح (قوله ثم لايتصرف فى ثمنها) أى إذا كان من جنس رأس مالها لأن البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح إن كان فيه ولا حاجة إليه بعد النض ، فصار كما إذا عزله بعد مانض وصار من جنس رأس المال زيلعى (قوله ولا فى نقد) أى لايتصرف إذا كان رأس المال فضة بفضة ولو أجود كما يفيده عمومه ط (قوله ويبدل خلافه به) أى له أن يبدل خلاف رأس المال من النقد برأس المال (قوله استحسانا) والقياس لايبدل لأن النقدين من جنس واحد من حيث الثمنية (قوله لوجوب رد جنسه) أى إلى رب المال إن امتنع المالك من أخذ خلاف الجنس كما يفيده ماقدمناه عن الإتقانى .

وفى الهندية عن الكافى : له أن يبيعها بجنس المال استحسانا وهو يفيد الجواز ، فإن حمل على عدم التنازع زال الإشكال ط بزيادة (قوله وليظهر الربح) جعله فى العينى والدرر علة لبيع الضرورة حيث قال لأن له حقا فى الربح ، ولا يظهر ذلك إلا بالنض فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك ، وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض زيلعى (قوله ولا يملك الخ) هذا معطوف على باعها عطف علة على معلول ، وليته قدمه على ثم لايتصرف ، ولا تنس مامر فى موت المضارب والمال عروض . ويفهم منه أنه إذا فسخها والمال عروض يبيعها بالنقد .

[فرع] قال فى القنية من باب المضاربة : أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفى دنانير ، وله أن يأخذ من المال بقيمتها وتعتبر قيمتها يوم القسمة لايوم الدفع اه .

بل ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه نهاية (بخلاف أحد الشريكين إذا فسخ الشركة ومالها أمتعة) صح.
(افترقا وفى المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون) إذ حينئذ يعمل بالأجرة (وإلا) ربح
(لا) جبر لأنه حينئذ متبرع (و) يؤمر بأن (يوكل المالك عليه) لأنه غير العاقد (وحينئذ فالوكيل بالبيع
والمستبضع كالمضارب) يؤمران بالتوكيل (والسمسار يجبر على التقاضى) وكذا الدلال لأنهما يعملان بالأجرة.
[فرع] استؤجر على أن يبيع ويشترى لم يجز لعدم قدرته عليه. والحيلة أن يستأجره مدة للخدمة ويستعمله

وفى شرح الطحاوى من المضاربة : ويضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف يبرى فى بحث القول بثمن المثل ، وهذه فائدة طالما توقفت فيها ، فإن رب المال يدفع دنانير مثلا بعدد مخصوص ثم تغلو قيمتها ويريد أخذها عددا لا بمثل القيمة تأمل .

والذى يظهر من هذا أنه لو علم عدد المدفوع ونوعه فله أخذه ، ولو أراد أن يأخذ القيمة من نوع آخر يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف أى يوم النزاع والخصام ، وكذا إذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيرا فى زماننا حيث يدفع أنواعا ثم تجهل فيضطر إلى أخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام تأمل ، والله تعالى أعلم (قوله ولا تخصيص الإذن) أفاده بقوله آنفا وإن نهاه عنها (قوله صح) أى الفسخ والربح بعد ذلك للعامل كما سلف فى الشركة (قوله افترقا) أى فسخا المضاربة أو انتهت (قوله وفى المال ديون) أى وقد باع المضارب عروضا بثمن لم يقبضه من المشترين (قوله على اقتضاء الديون) أى أخذها واستخلاصها (قوله إذ حينئذ يعمل بالأجرة) عبارة البحر : لأنه كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه . وظاهره ولو كان الربح قليلا .

قال فى شرح الملتقى : ومفاده أن نفقة الطلب على المضارب ، وهذا لو الدين فى المصر وإلا ففى مال المضاربة .

قال فى الهندية : وإن طال سفر المضارب ومقامه حتى أتت النفقة فى جميع الدين ، فإن فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين وما زاد على ذلك يكون على المضارب كذا فى المحيط (قوله وإلا) أى وإن لم يكن فى المال ربح (قوله لا جبر لأنه حينئذ متبرع) أى لأنه وكيل محض ولا جبر على المتبرع على إنهاء ما تبرع به، ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم زيلعى .

ولا يقال : الرد واجب عليه وذلك إنما يكون بالتسليم كما أخذه . لأنا نقول : الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة. ط عن أبى السعود (قوله لأنه) أى المالك غير العاقد فالحقوق لا ترجع إليه بل إلى العاقد الذى هو المضارب فقبض الثمن له لا للمالك، ولا يلزم التقاضى لأنه متبرع فيؤمر بتوكيل المالك ليقدر على تحصيل الديون كما فى العينى (قوله وحينئذ) أى حين إذ كان المتبرع لا يجبر على الاقتضاء ، والأولى أن يقول ولهذا كان الوكيل الخ (قوله والسمسار) بكسر السين الأولى المهملة وهو المتوسط بين البائع والمشترى ليبيع بأجر من غير أن يستأجر والدلال الواسطة بين المتبايعين اهـ . وفى منلا مسكين: السمسار الدلال (قوله يجبر على التقاضى) أى طلب الثمن إن عقد البيع لأنه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب التقاضى والاستيفاء لأنه وصل إليه بدل عمله فصار كالمضارب إذا كان فى المال ربح زيلعى (قوله وكذا الدلال) مقتضى كلام الشارح أن الدلال غير السمسار كما فى القهستانى بأن الدلال يحمل السلعة إلى المشترى ويخبر بالثمن ويبيع ، بخلاف السمسار فإنه لم يكن فى يده شىء ، ومقتضى ما مر عن مسكين عدم الفرق بينهما . وفى الدرر كالدلال فإنه يعمل بالأجرة . والسمسار : هو الذى يجلب إليه العروض والحيوانات ليبيعها بأجر من غير أن يستأجر إلى آخر ما فيه (قوله لعدم قدرته عليه) لأن الشراء أو البيع لا يتم

فى البيع زيلعى (وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح) لأنه تبع (فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن) ولو فاسدة من عمله لأنه أمين (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح

إلا بمساعدة غيره وهو البائع أو المشترى فلا يقدر على تسليمه زيلعى (قوله زيلعى) وتمام كلامه : وإنما جازت هذه الحيلة لأن العقد يتناول المنفعة وهى معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليم نفسه فى المدة ، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئا لا بأس به لأنه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة ، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن اه (قوله وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح) .

أقول : وكذلك ما هلك من مال الشركة يصرف إلى الربح والباقى من الربح يصرف على ما شرطا ورأس المال على حكمه فإذا زاد الهالك على الربح فهو عليهما بقدر ماليهما ، وبه علم حكم حادثة الفتوى .

مطلب فى حكم حادثة الفتوى

شريكان ما لهما متفاوت والعمل مشروط عليهما والربح سوية بينهما هلك بعد الربح شيء من المال وبقى شيء من الربح فما الحكم ؛ الجواب : ما فضل من الربح على ما شرطا ورأس المال على حكمه والهالك عليهما وهو ظاهره ذكره الخير الرملى (قوله لأنه تبع) أى ورأس المال أصل وصرف الهالك إلى ما هو تابع أولى كما يصرف إلى العفو فى الزكاة ولأن الربح فرع عن رأس المال فلا يثبت له حكم قبل ثبوت أصله كما فى العينى .

مطلب القول للشريك والمضارب فى مقدار الربح والخسران
وفى الضياع والرد للشريك

والقول للشريك والمضارب فى مقدار الربح والخسران مع يمينه ، ولا يلزمه أن يذكر الأمر مفصلا ، والقول قوله فى الضياع والرد للشريك نهر فى الشركة .

[تتمة] هلك مال المضاربة قبل أن يشترى به شيئا بطلت ، وإن استهلكه المضارب ضمنه ولم يكن له الشراء بعد ذلك لصيرورته ضمينا ، وإن استهلكه غيره فأخذه منه كان له الشراء على المضاربة حموى عن الأقطع (قوله لم يضمن) لكونه أمينا سواء كان من عمله أولا بحر (قوله ولو فاسدة) لأنها أمانة عند الإمام . وعندهما إن كانت فاسدة فالمال مضمون (قوله من عمله) ولو الهلاك من عمله المسلط عليه عند التجار . وأما التعدى فيظهر أنه ضمن به سائحانى أى سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة ، وسواء كان الهلاك من عمله أولا ، ويقبل قوله فى هلاكه وإن لم يعلم ذلك كما يقبل فى الوديعة منح بزيادة ، ولم أر زيادة من عمله فى العينى ولا فى الدرر وحواشيه ، فليتأمل معنى قوله من عمله ؛ ولو اقتصر على قوله ولو فاسدة لكان المعنى أظهر .

ثم رأيت فى فروق المحبوبى ما نصه : وإذا عمل فى المضاربة الفاسدة وربح كان كل الربح لرب المال وللمضارب أجر مثل عمله ، ولا ضمان إذا هلك المال فى يده اه (قوله لأنه أمين) علة لعدم الضمان ويقبل قوله فى الهلاك وإن لم يعلم ذلك كما يقبل فى الوديعة منح .

أقول : وينبغى أن يضمن ما تلف بعمله لأنه أجير مشترك . وعلى قولهما يضمن ما تلف فى يده وإن لم يكن من عمله كما علم فى باب ضمان الأجير ولعله محمول على ما إذا سافر بمال المضاربة فإنه يكون بمنزلة الأجير الخاص وليحرر (قوله ترادا الربح) فيضمن المضارب ما أخذه على أنه ربح لأنه أخذه لنفسه ، بخلاف

ليأخذ المالك رأس ماله وما فضل فهو بينهما ، وإن نقص لم يضمن) لما مر .

ثم ذكر مفهوم قوله وبقيت المضاربة فقال (وإن قسم الربح وفسخت المضاربة والمال فى يد المضارب ثم عقداها فهلك المال لم يترادا وبقيت المضاربة) لأنه عقد جديد وهذه هى الحيلة النافعة للمضارب .

فصل فى المتفرقات

(المضاربة لا تفسد بدفع كل المال أو بعضه) تقييد الهداية بالبعض اتفاقى عناية (إلى المالك بضاعة لا مضاربة

ما بقى فى يده لا يضمنه إذا لم يأخذه لنفسه حموى (قوله ليأخذ المالك رأس ماله) فيبدأ برأس المال ثم بالمنفعة ثم بالربح الأهم فالأهم اختيار ، فإن فضل شىء اقتسماه اهـ در منتقى أى لأن الربح تابع كما ذكرنا فلا يسلم بدون سلامة الأصل عينى (قوله وما فضل فهو بينهما) لأن رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء ماله إلا فى الربح عينى (قوله لم يضمن) أى إن نقص الربح عن الهالك لم يضمن المضارب (قوله لما مر) من أنه أمين فلا يكون ضمينا (قوله والمال فى يد المضارب) مثله فى العزمية عن صدر الشريعة وهو نص على المتوهم ، وإلا فبالأولى اذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده وعقدا أخرى (قوله لأنه عقد جديد) أى لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لا يوجب انتقاض الأولى فصار كما إذا دفع إليه مالا آخر (قوله وهذه هى الحيلة النافعة للمضارب) أى لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى من رأس المال ، وعلم مما مر آنفا أنه لا يتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال ، وتقييد الزيلعى به اتفاقى كما نبه عليه أبو السعود ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

فصل فى المتفرقات

(قوله لا تفسد الخ) حتى لو اشترى رب المال به شيئا وباع فهو على المضاربة لأن الشرط هو التخلية وقد تحققت ، والإبضاع توكيل بالتصرف والتصرف حق المضارب فيصح التوكيل به . وقال زفر : لا تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيئا لأن رب المال تصرف فى مال نفسه بغير توكيل ولم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء .

ولنا أن الواجب له التخلية وقد تمت وصار التصرف حقا للمضارب ، وله أن يوكل رب المال صالحا لذلك والإبضاع توكيل لأنه استعانة ولما صح استعان المضارب بالأجنبى فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا ، بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لأنه يمنع التخلية .

فإن قلت : رب المال لا يصلح وكيلا لأن الوكيل من يعمل فى مال غيره ورب المال لا يعمل فى مال غيره بل فى مال نفسه ؛ قلت : أجيب بأن المالك بعد التخلية صار كالأجنبى فجاز توكيله ؛

فإن قلت : الأمر كذلك لصحة المضاربة مع رب المال ، قلت : أجيب بأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا ، فلو جوزناه أدى إلى قلب الموضوع اهـ (قوله بدفع كل المال) أفاد بالدفع أن المضارب لا بد أن يتسلم المال أولا ، حتى لو جعل المال بضاعة قبل أن يتسلمه لا يصح لأن التسلم شرط فيها اهـ مكى (قوله تقييد الهداية) الأولى الإتيان بالفاء (قوله بضاعة) المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لأن الإبضاع الحقيقى هنا لا يتأتى لأن الربح جميعه فيه لرب المال وليس الأمر هنا كذلك (قوله لا مضاربة) عطف على بضاعة المسلط عليه المنفى من عامله ؛ فالمعنى لا ينتفى الفساد بدفعها مضاربة بل تفسد لأن نفى النفى إثبات وقد تبع المؤلف ، ومفهومه أنه لو دفعه مضاربة تفسد الأولى مع أن الذى يفسد هو الثانية لا الأولى كما فى الهداية ، قال فى البحر :

لما مر (وإن أخذه) أى المالك المال (بغير أمر المضارب وباع واشترى بطلت إن كان رأس المال نقدا) لأنه عامل لنفسه (وإن صار عروضا لا) لأن النقد الصريح حينئذ لايعمل فهذا أولى عناية. ثم إن باع بعرض بقيت وإن بنقد بطلت لما مر .

(وإذا سافر) ولو يوما فطعامه وشرابه وكسوته

وتقييده بالبضاعة اتفاق ، لأنه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل الأولى بل الثانية لأن المضاربة به تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا ، فلو جوزناه يؤدى إلى قلب الموضوع ؛ وإذا لم يصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل الأولى كما تقدم عن الهداية ،وبه علم أنها بضاعة وإن سميت مضاربة لأن المراد بالبضاعة هنا الاستعانة ، لأن الإبضاع الحقيقى لا يتأتى هنا ،وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل ، وفهم من مسألة الكتاب جواز الإبضاع كالأجنبى بالأولى وما وقع فى الدرر من أنه لاتبطل بالدفع إلى المالك بضاعة أو مضاربة فإنه محمول على ما ذكرنا من عدم صحة المضاربة الثانية وإبقاء الأولى (قوله لما مر) أى من أن الشيء لايتضمن مثله (قوله وإن أخذه) محترز قوله يدفع (قوله أى المالك الخ) قال فى المبسوط : و الحاصل أن كل تصرف صار مستحقا للمضارب على وجه لايملك رب المال منعه فرب المال فى ذلك يكون معينا له سواء باشره بأمره أو بغير أمره وكل تصرف يتمكن رب المال أن يمنع المضارب منه فرب المال فى ذلك التصرف عامل لنفسه إلا أن يكون بأمر المضارب فحينئذ يكون معينا له اه منح .

قال الرملى فى حاشيته عليها : قوله وإن صار عرضا الخ ، أقول : استفيد من ذلك جواز بيع المال عروض المضاربة وهى واقعة الفتوى اه .

قلت : وينطق به الحاصل الذى ذكره صاحب المنح لأن هذا التصرف صار مستحقا للمضارب على وجه لايملك رب المال منعه فرب المال معينا له باشره بأمره أو بغير أمره . فإن باشره حتى صار نقدا كان تصرفه بعد ذلك لنفسه ، ولتكن على ذكر مما تقدم أن النقد إذا لم يكن من جنس رأس مال المضاربة يملك المضارب تبديله من جنس رأس مال المضاربة ، فلو بدله المالك كان معينا للمضارب ولو بغير أمره . أما لو اشترى المالك بنقد ليس من جنس رأس مال المضاربة هل يكون ذلك للمضاربة أم لنفسه يحرر (قوله ثم إن باع بعرض) أى ما صار عرضا (قوله وإن بنقد بطلت) قال فى المنح : فلو باع العروض بنقد ثم اشترى عروضا كان للمضارب حصته من ربح العروض الأولى لا الثانية لأنه لما باع العروض وصار المال نقدا فى يده كان ذلك نقضا للمضاربة فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه ؛ فلو باع العروض بعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما على ما شرطا لأن رب المال لايتمكن من نقض المضاربة ما دام المال عروضا اه ونقله ط عن حاشية المكى (قوله لما مر) من أنه عامل لنفسه (قوله وإذا سافر) أطلق السفر ، فشمل السفر للتجارة ولطلب الديون فيرجع بما أنفق بطلبه إلا إذا زاد على الدين فلا يرجع بالزيادة كما صرح به فى المحيط ، وأطلق عمله فى المصر فشمل عمله للتجارة ولا قتضاء الديون ، ولا رجوع له فى ماله فيما أنفقه فى الخصومه كما فى المحيط كذا فى البحر (قوله ولو يوما) لأن العلة فى وجوب النفقة حبس نفسه لأجلها ، فعلم أن المراد من السفر هنا أن لايمكنه أن يبيت فى منزله ، وإن خرج من المصر وأمكنه أن يعود إليه فى ليلة فهو فى المصر لانفقة له منح .

ثم نقل عن السراجية : وإذا خرج بنية السفر قل أو كثر فنفقته فى مال المضاربة إلا إذا كان يغدو إلى بعض نواحى المصر اه (قوله فطعامه) ولو فاكهة حموى أى معتادة واللحم كما كان يأكل ، كذا وروى عن

وركوبه بفتح الراء ما يركب ولو بكراء (وكل مايحتاجه عادة) أى فى عادة التجار بالمعروف (فى مالها) لو صحيحة لا فاسدة لأنه أجير فلا نفقة له كمستبضع ووكيل وشريك كافى ، وفى الأخير خلاف

أبى يوسف : وإنما لا تلزم نفقة غلمان المالك لأن نفقتهم كنفقة نفسه وهو لو سافر معه ليعينه على العمل فى مال المضاربة لم يستوجب نفقة فى مال المضاربة بهذا السبب فكذا نفقة غلمانه ودوابه ، بخلاف غلمان المضارب ودوابه اه مبسوط ط (قوله وركوبه) أى فى الطريق شمنى وكذا فرش نومه ملتقى وبحر عن المحيط (قوله بفتح الراء) ويجوز أن يكون بالضم على أنه مصدر أريد به اسم المفعول وهو الجارى على الألسنة مكى عن الشلبى ، وكذا أجرة خادمه وعلف دابته . وأما نفقة عبيد المالك ودوابه لو سافر بهم المضارب فعلى المالك لا فى مال المضاربة ، ولو أنفق عليهم المالك نفسه من المضاربة كان استرداداً لرأس المال لا من الربح اه ط عن الحموى (قوله ولو بكراء) هذا يفيد أن له أن يشترى دابة للركوب ، فإن لم يشتر واكترى لزمه الكراء فلو قال أو كراؤه كان أوضح ط (قوله وكل ما يحتاجه عادة) قال الزيلعى : ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه والدهن فى موضع يحتاج إليه كالحجاز وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لأن العادة جرت بها ولأن نظافة البدن والثياب يوجب كثرة من يعامله لأن صاحب الوسخ يعدونه الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له كل ذلك بالمعروف ، حتى إذا زاد يضمن ، ولو رجع إلى بلده وفى يده شىء من النفقة رده إلى مال المضاربة كالحاج عن الغير إذا بقى شىء فى يده رده على المحجوج عنه أو على الورثة وكالغازى إذا خرج من دار الحرب يرد إلى الغنيمة ما معه من النفقة وكالأمة إذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم أخرجها إلى الخدمة ، وقد بقى شىء من النفقة فى يدها استردها المولى . وعن الحسن عن أبى حنيفة أن الدواء أيضا يكون فى مال المضاربة لأنه لا إصلاح دونه وتمكنه من العمل وصار كالنفقة . وجه الظاهر أن النفقة معلوم وقوعها والحاجة إلى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما فى حق المرأة .

وفى النهاية : الشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته فى ذلك المال روى ذلك عن محمد . قال فى التاترخانية نقلا عن الخانية قال محمد : هذا استحسان اه أى وجوب نفقته فى مال الشركة وحيث علمت أنه استحسان فالعمل عليه لما علمت أن العمل على الاستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها ذكره الخير الرملى . وذكر فى الكافى بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب فقال : بخلاف الشريك لأنه لم يجر التعارف أن الشريك العامل ينفق عن نفسه من مال الشريك الآخر اه قال فى الشرنبلالية نقلا عن البزازية : وكذا له الخضاب وأكل الفاكهة كعادة التجار اه (قوله بالمعروف) فإن جاوز المعروف ضمن الفضل كما سيأتى (قوله فى مالها) سواء كان المال قليلا أو كثيرا حموى ، لأن النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضى والمرأة والمضارب فى المصر ساكن بالسكن الأصلى ، وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة قيد بالمضارب لأن الأجير والوكيل والمستبضع لا نفقة لهم مطلقا لأن الأجير يستحق البدل لا محالة والوكيل والمستبضع متبرعان ، وكذا الشريك إذا سافر بمال الشركة لا نفقة له فى ظاهر الرواية ، وفى الاستحسان له النفقة كما علمت وسيأتى (قوله لا فاسدة) كنفقة المضارب فيها من مال نفسه منح (قوله لأنه أجير) أى فى الفاسدة (قوله كمستبضع ووكيل) فهما متبرعان . وفى الإتقانى : لا نفقة للمستبضع فى مال البضاعة لأنه متطوع فيها إلا أن يكون أذن له فيها اه (قوله وفى الأخير خلاف) قال فى المنح : وكذا الشريك إذا سافر بمال الشركة لا نفقة له لأنه لم يجر التعارف به ذكره النسفى فى كافيه ، وصرح فى النهاية بوجوبها فى مال الشركة اه وكأنه حبس نفسه للمالين فتكون النفقة على قدرهما وقدمنا قريبا أن الوجوب استحسان وأن العمل عليه هنا لكن فى ابن ملك ما يفيد أن المعتمد عدم الوجوب فإنه نقل الوجوب رواية عن محمد فقط .

(وإن عمل فى المصر) سواء ولد فيه أو اتخذه دارا (فنفقته فى ماله) كدوائه على الظاهر . أما إذا نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة ابن ملك ما لم يأخذ مالا لأنه لم يحتبس بمالها ؛ ولو سافر بماله وماذا

فالحاصل أن الذى عليه الفتوى الوجوب لاسيما وقد أفتى به فى الحامدية وأقره سيدى المرحوم الوالد فى تنقيحه على أن العرف الآن عليه فاغتنمه (قوله وإن عمل فى المصر الخ) لأنه لم يحبس نفسه لأجل المضاربة بل هو ساكن بالسكن الأصلى كما قدمناه قريبا (قوله كدوائه على الظاهر) أى ظاهر الرواية ؛ يعنى إذا مرض كان دواؤه من ماله مطلقا أى فى السفر والحضر ، لأنه قد يمرض وقد لا يمرض فلا يكون من جملة النفقة برهان وغيره . وعن أبى حنيفة أن الدواء فى مال المضاربة لأنه لإصلاح بدن وكذلك النورة والدهن فى قولهما خلافا لمحمد فى الدهن . وفى سرى الدين عن المبسوط : الحجامة والكحل كالدواء اه (قوله فله النفقة) فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة فى المال ما دام فى الكوفة فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتى البصرة لأنه خروج لأجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلى له فكانت إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال ، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتى الكوفة لأن خروجه من البصرة لأجل المال وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطله بالسفر الخ (قوله مالم يأخذ مالا) هذه العبارة تفيد أنه إذا أخذ مالا غير مال المضاربة بأن تركه فى بلده وسافر بمال آخر وأقام بالكوفة فإنه لا نفقة له بدليل المقابلة والتعليل ، وليس الأمر كذلك ، وكأنه فهم ذلك من قول المنح ، فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له اه .

والمقصود من هذه العبارة هو ما لو نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة إلا إذا كان قد أخذ مال المضاربة فى ذلك المصر فلا نفقة له ما دام فيه ، ويدل له ما فى المبسوط : ولو دفع المال إليه مضاربة وهما بالكوفة وليست الكوفة بوطن للمضارب لم ينفق على نفسه من المال ما دام بالكوفة ، لأن إقامته فيها ليست للمضاربة فلا يستوجب النفقة مالم يخرج منها فإن خرج منها إلى وطنه ثم عاد إليها فى تجارة أنفق فى الكوفة من مال المضاربة لأن وطنه بها كان مستعارا وقد انتقض بالسفر فرجوعه بعد ذلك إلى الكوفة وذهابه إلى مصر آخر سواء مكى .

قال فى البحر : فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له فى المال ما دام بالكوفة ، فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتى البصرة لأن خروجه لأجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة ، لأن البصرة وطن أصلى له فكان إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال ، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتى الكوفة لأن خروجه من البصرة لأجل المال ، وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطل بالسفر ، فإذا عاد إليها وليس له بها وطن فكأن إقامته فيها لأجل المال كذا فى البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية اه . ويظهر منه أنه لو كان له وطن فى الكوفة أيضا ليس له الإنفاق إلا فى الطريق ورأيت التصريح به فى التاترخانية من الخامس .

والحاصل أنه إذا أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا قبل ذلك فلا نفقة له ما دام بها حتى يرتحل عنها ، وعليه فلا يخفى مما فى كلام الشارح من الإيجاز الملحق بالألغاز .

أقول : وحق العبارة هكذا : ما لم يأخذ مالها فيه لأنه لم يحتبس به ، ويفيد بمفهومه أنه إذا احتبس به بأن

أو خلط بإذن أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة وإذا قدم رد مابقي مجمع ، ويضمن الزائد على المعروف، ولو أنفق من ماله ليرجع في مالها له ذلك ، ولو هلك لم يرجع على المالك (ويأخذ المالك قدر ماأنفقه المضارب من رأس المال إن كان ثمة ربح فإن استوفاه وفضل شيء) من الربح (اقتسماه) على الشرط لأن ماأنفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف إلى الربح كما مر (وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه) أي المضارب (وإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق

سافر من البلدة التي أخذ المال فيها ثم عاد بالمال إليها كان له النفقة لأنه احتبس به حينئذ (قوله أو خلط الخ) أو بعرف شائع كما قدمنا أنه لايضمن به (قوله بإذن) أي تصير شركة ملك فلا تنافي المضاربة ونظيره ما قدمناه لو دفع إليه ألفا نصفها قرض ونصفها مضاربة صح ولكل نصف حكم نفسه اه مع أن المال مشترط شركة ملك فلم يضمن المضاربة ، وبه ظهر أنه لا ينافي ما قدمه الشارح عن الكافي من أنه ليس للشريك نفقة فافهم (قوله أو بمالين لرجلين) هذا مخصوص بأن لا يكون المال الآخر بضاعة .

قال في المحيط البرهاني : ولو كان أحدهما بضاعة فنفقته في المضاربة إلا أن يتفرغ للعمل في البضاعة ففي ماله إلا أن يأذن له المستبضع بالنفقة منها لأنه متبرع :

تاترخانية في الخامس عشر فيها من العتابية ، ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال على نفسه وعلى الرقيق وكذا بعد النهي ، ولوكتب إليه ينهاه وقد صار المال نقدا لم ينفق في رجوعه اه (قوله رد ما بقي) أي لو ميز مالا للنفقة فأنفق بعضه وبقي منه شيء حين قدم مصره رد ما بقي إلى المضاربة لأن الاستحقاق أمر ينتهي بانتهاء السفر رحمتي عن ابن ملك، والظاهر أنه يرد ما زاد عنه مما اشتراه للنفقة من كسوة وطعام عند انتهاء السفر (قوله ولو أنفق من ماله) أو استدان على المضاربة للنفقة بحر ، وهذا يفيد أن قولهم لا يملك الاستدانة مقيد بغير النفقة (قوله له ذلك) وكذا لو استدان على المضاربة للنفقة لأن التدبير في الإنفاق إليه كالوصي إذا أنفق من مال نفسه على الصغير اه بحر (قوله ولو هلك) أي مال المضاربة قبل أن يرجع (قوله لم يرجع على المالك) لفوات محل النفقة بحر (قوله ويأخذ الخ) أي أن المالك يأخذ المال الذي أنفقه المضارب من رأس المال من المال الذي جاء به المضارب فإذا استوفى رب المال رأس ماله الذي دفعه إلى المضارب بما اشترى به البضاعة وما أنفقه وفضل شيء اقتسماه ،وإن لم يظهر ربح فلا شيء على المضارب عوضا عما أنفقه على نفسه (قوله من رأس المال) متعلق بأنفق .

قال في البحر : وفيه إشارة إلى أن المضارب له أن ينفق على نفسه من مال المضاربة قبل الربح اه قيد بالنفقة لأنه لو كان في المال دين غيرها قدم إيفاؤه على رأس المال كما في المنح .

وفي البحر أيضا : وأطلق المضارب ليفيد أنه لا فرق بين المضارب ومضاربه إذا كان أذن له في المضاربة وإلا فلا نفقة للثاني (قوله إن كان ثمة ربح) الأوضح أن يقول من الربح إن كان ثمة ربح (قوله وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه) أي على المضارب عوضا عما أنفقه على نفسه .

وحاصل المسألة أنه لو دفع له ألفا مثلا فأنفق المضارب من رأس المال مائة وربح مائة يأخذ المالك المائة الربح بدل المائة التي أنفقها المضارب ليستوفي المالك جميع رأس ماله ، فلوكان الربح في هذه الصورة مائتين يأخذ مائة بدل النفقة ويقتسمان المائة الثانية بينهما على ما شرطاه فتكون النفقة مصروفة إلى الربح ولا تكون مصروفة إلى رأس المال ، لأن رأس المال أصل والربح تبع فلا يسلم لهما التبع حتى يسلم لرب المال الأصل عيني (قوله حسب ما أنفق الخ) وفي الكافي : شرى بالمال ثيابا وهو ألف واستقرض مائة للحمل رابح بألف ومائة عنه

على المتاع من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه) مما اعتيد ضمه (ويقول) البائع (قام على بكذا وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكما أو اعتاده التجار) كأجرة السمسار هذا هو الأصل نهاية (لا) يضم (ما أنفقه على نفسه) لعدم الزيادة والعادة .

(مضارب بالنصف شرى بألفها بزا) أى ثيابا (وباعه بألفين وشرى بهما عبدا فضاعا فى يده) قبل نقدهما لبائع العبد (غرم المضارب) نصف الربح (ربعهما و) غرم (المالك الباقى و) يصير (ربع العبد) ملكا (للمضارب) خارجا عن المضاربة لكونه مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف (وباقيه لها ورأس المال) جميع ما دفع المالك وهو (ألفان وخمسمائة) ولكن (ربح) المضارب فى بيع العبد (على ألفين) فقط لأنه شراه بهما .

(ولو بيع) العبد (بضعفهما) بأربعة آلاف

الإمام وعندهما على مائة فقط ، ولو باعها بألفين قسم على أحد عشر جزءا سهم له والعشرة للمضاربة (قوله من الحملان) قال فى مجمع البحرين : والحملان بالضم الحمل مصدر حمله ، والحملان أيضا أجر ما يحمل اه. وهو المراد ط (قوله وأجرة السمسار) هو تكرار مع ماتقدم فى المتن (قوله وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة) لأنها بالزيادة عن الثمن صارت كالثمن زيلعى ، وهو مستغنى عنه بما قبله ط (قوله حقيقة) كالخياطة وكسوة المبيع وغيره (قوله أو حكما) كالقصارة وحمل الطعام وسوق الغنم وسقى الزرع وغيره (قوله وهذا هو الأصل نهاية) أشار بهذا إلى ما مر فى باب المرابحة بقوله : وضابطه كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يضم . واعتمد العينى عادة التجار بالضم ، فإذا جرت العادة بضم ذلك يضم (قوله على نفسه) أى فى السفر فى الإقامة أولى (قوله لعدم الزيادة والعادة) لما كان(١) فى عبارة المنح ما يشعر بأن بعض النفقة تكون سببا لزيادة الثمن لكن لم تجر العادة بضمها وهذا البحث يتعلق بباب المرابحة وقد تقدم تحقيقه ، وعلى كل فهو تكرار مع ما فى المتن ، والأولى التمثيل بما يأخذه العشار (قوله بزا) قال محمد فى السير : البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أو الخز منح عن المغرب . وقيل هو متاع البيت ذكره مسكين (قوله أى ثيابا) أطلقه إشارة إلى أن الحكم غير مقيد بحقيقة البز التى هى الكتان أو القطن أو متاع البيت (قوله فضاعا) أى الألفان هلكا فى يده من غير تقصير منه برهان (قوله غرم المضارب ربعهما) لأن المال لما صار ألفين ظهر الربح فى المال وهو ألف وكان بينهما نصفين فيصيب المضارب منه خمسمائة ، فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال ، ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد كان عليهما ضمان العبد على قدر ملكهما فى العبد ، فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب المال وهو ألف وخمسمائة منح ، وهو مشكل لأن مال المضاربة فى يده أمانة وما شراه إنما شراه للمضاربة ألا يرى أنه بعد اقتسام الربح قبل فسخ المضاربة لو وقع خسران يسترد منه الربح ، فعلمنا أن الربح لم يملكه بمجرد حصوله ولم يقع الشراء له فليتأمل وجهه (قوله وغرم المالك الباقى) ولكن الألفان يجبان جميعا للبائع على المضارب ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه إتقانى (قوله لكونه مضمونا) علة لقوله خارجا عن المضاربة (قوله وبينهما) أى بين الضمان المفهوم من مضمون وبين الأمانة (قوله وباقيه لها) لأن ضمان رب المال لاينافى المضاربة (قوله ولو بيع العبد) أى والمسألة

---

(١) (قوله لما كان الخ) هكذا بالأصل ، ولتحرر هذه العبارة اه .

(فحصتها ثلاثة آلاف) لأن ربعه للمضارب (والربح منها نصف الألف بينهما) لأن رأس المال ألفان وخمسمائة .

(ولو شرى من رب المال بألف عبدا شراه) رب المال (بنصفه رابح بنصفه) وكذا عكسه لأنه وكيله ، ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه .

(ولو شرى بألفها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) على قدر ملكهما .

(والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لخروجه عن المضاربة بالفداء للتنافي

بخلافها (قوله فحصتها ثلاثة آلاف) ثمن ثلاثة أرباع العبد (قوله لأن ربعه) أي ربع العبد ملك للمضارب كما تقدم (قوله بينهما) أي والألف يختص بها المضارب كما مر (قوله ولو شرى من رب المال بألف عبدا) أي قيمته ألف فالثمن والقيمة سواء ، وإنما قلنا ذلك لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفا فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة حصة المضارب : أما لو كان مال المضاربة ألفين فهي كالمسألة الأولى ، وكذا إذا كان في قيمة المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف وباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وخمسين ، وكذا عكسه بأن شرى عبدا قيمته ألف بألف فباعه منه بألف . فالمسألة رباعية : قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى رب المال ، وهما إذا كان لا فضل فيهما أو لا فضل في قيمة المبيع فقط . وقسمان يرابح عليه وعلى حصة المضارب ، وهما إذا كان فيهما فضل أو في قيمة المبيع فقط . وهذا إذا كان البائع رب المال ، فلو كان المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا كما يأتي ، وتمامه في البحر عن المحيط (قوله شراه رب المال بنصفه) صفة عبد (قوله رابح بنصفه) جواب شراه ، أي فلا يجوز أن يبيعه مرابحة على ألف لأن بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لأنه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وهو لا يجوز .

وفي حاشية الشلبي لأن عقد المرابحة عقد أمانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والعقد الأول وقع لرب المال والثاني كذلك ، لأن شراء المضارب لا يخرج عن ملك رب المال إلا أنه صح العقد لزيادة فائدة وهي ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقي شبهة عدم وقوع العقد الثاني فيبيعه مرابحة على الثمن الأول وذلك خمسمائة (قوله وكذا عكسه) وهو ما لو كان البائع المضارب والمسألة بحالها بأن شرى رب المال بألف عبدا شراه المضارب بنصفه ورأس المال ألف فإنه يرابح بنصفه : أي يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم ، وهذا إذا كانت قيمته كالثمن لا فضل فيهما ، ومثله لو الفضل في القيمة فقط . أما لو كان فيهما فضل أو في الثمن فقط فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب ، وبه علم أنه المسألة رباعية أيضا ، وتمامه في البحر (قوله ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه) أما شراء المالك من المضارب مال المضاربة فإنه وإن كان مال المالك لكنه لا يملك التصرف فيه بعد صيرورته عرضا ، وصحة العقد تحتمل حصول الثمرة وقد حصلت بملكه التصرف . وأما شراء المضارب من رب المال فهو صحيح لأن ما شراه لا يملك فيه العين ولا التصرف ، وهو وإن شراه للمالك لأنه وكيل عنه ، لكن في شرائه فائدة وهو حصول الربح له . وفيه فائدة للمالك أيضا لأنه ربما يعجز عن بيعه بنفسه (قوله ولو شرى) أي من معه ألف بالنصف كما قيد به في الكنز (قوله لخروجه عن المضاربة بالفداء) لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر

كما مر . ولو اختار المالك الدفع والمضارب الفداء فله ذلك لتوهم الربح حينئذ .

بقدره فإذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة . أما نصيب المضارب فإنه صار مضمونا عليه . وأما نصيب رب المال فبقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لأن قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة المفدى ولا سلامة إلا بالقسمة زيلعى .

قال فى البحر : لأن الفداء مؤنة الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال ، فإذا فدياه خرج عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضمونا عليه ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضى بالفداء عليهما ، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء غرما على قدر ملكهما اه .

والفرق بين هذا وبين مامر حيث لا يخرج هناك ماخص رب المال عن المضاربة وهنا يخرج ، لأن الواجب هناك ضمان التجارة وهو لا ينافى المضاربة وهنا ضمان الجناية وهو ليس من التجارة فى شىء فلا يبقى على المضاربة كفاية (قوله كما مر) أى قريبا من أن ضمان المضارب ينافى المضاربة (قوله ولو اختار المالك الدفع الخ) قال فى البحر : قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كانت قيمته ألفا فتدبير الجناية إلى رب المال لأن الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها ، فإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لأنه يستبقى بالفداء مال المضاربة وله ذلك لأن الربح يتوهم كذا فى الإيضاح اه ونحوه فى غاية البيان .

ولايخفى أن الربح فى مسألة المصنف محقق ، بخلاف هذه فقد علل لغير مذكور ، على أن الظاهر أنه فى مسألة المتن لا ينفرد أحدهما بالخيار لكون العبد مشتركا ، يدل عليه ما فى غاية البيان ويكون الخيار لهما جميعا إن شاء فديا وإن شاء دفعا فتأمل اه .

أقول : لكن صدر عبارة البحر ينافى آخرها ، ولعلهما قولان :

الأول : أن الخيار لرب المال لأن العبد ملكه وحده .

والثانى : أن الخيار للمضاربة لتوهم الربح ولاستبقاء المضاربة . ثم لا تنافى بين قوله هنا لاستبقاء المضاربة وقول الشارح فيما مر إنه يخرج عن المضاربة بالفداء ، لأن مامر فيه للمضارب ربح فضمن قدر ربحه من الفداء والضمان ينافى المضاربة ، بخلاف ما هنا تأمل .

وفي البحر قال : ثم اعلم أن العبد مشترك فى المضاربة إذ جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب ورب المال سواء كان الأرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر ، وكذا لو كانت قيمته ألفا لا غير لايدفع إلا بحضرتهما لأن المضارب له فيه حق ملك حتى ليس لرب المال أن يأخذه ويمنعه من بيعه كالمرهون إذا جنى خطأ لايدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن .

والحاصل أنه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء إلا إذا أبى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعنته ، فإن كان أحدهما غائبا وقيمة العبد ألفا درهم ففداه الحاضر كان متطوعا لأنه أدى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه ، فإنه لو أقام بينة على الشركة لايطالب بحصة صاحبه لا بالدفع ولا بالفداء كذا فى النهاية . وذكر قاضيخان أن المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لأنه ليس من أحكام المضاربة فلذا كان إليهما اه .

قال المقدسى : ولو اختار المضارب وحده الدفع دفع حصته والمالك مخير فى الباقى بين الدفع والفداء اه

(اشترى بألفها عبدا وهلك الثمن قبل النقد) للبائع لم يضمن لأنه أمين بل (دفع المالك) للمضارب (ألفا أخرى ثم وثم) أى كلما هلك دفع أخرى إلى غير نهاية (ورأس المال جميع ما دفع) بخلاف الوكيل ، لأن يده ثانيا يد استيفاء لا أمانة .

(معه ألفان فقال) للمالك (دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب) لأن القول فى مقدار المقبوض للقابض أمينا أو ضمينا ، كما لو أنكره أصلا .

(ولو كان الاختلاف مع ذلك فى مقدار الربح فالقول لرب المال فى مقدار الربح

(قوله اشترى) أى المضارب (قوله ثم وثم) فيه حذف المعطوف ودخول العاطف على مثله حموى (قوله ورأس المال جميع مادفع) يعنى لايكون للمضارب شئ من الربح حتى يصل رب المال إلى جميع ما أوصله المضارب على أنه ثمن . أما إذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لايرابح إلا على ألف كما تقدم اه شلبى (قوله بخلاف الوكيل) إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء ، ثم هلك بعد الشراء فإنه لايرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكل ببيع المغصوب ، ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة . وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك بعده لايرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده . أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لايرجع لوقوع الاستيفاء بحر .

والحاصل أن الوكيل إذا قبض الثمن بعد الشراء ثم هلك فإنه لايرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده . وأما لو دفع إليه قبل الشراء فهلك بعد الشراء يرجع مرة لأن المدفوع إليه قبل أمانة فى يده وهو قائم على الأمانة بعده ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لايرجع لوقوع الاستيفاء أفاده المصنف (قوله لأن يده ثانيا يد استيفاء لا أمانة) بيانه أن المال فى يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأنه لايكون إلا بقبض مضمون . فكل ماقبض يكون أمانة وقبض الوكيل ثانيا استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ماوجب عليه للبائع . فإذا قبضه صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فيهلك عليه ، بخلاف ما إذا لم يكن مدفوعا إليه إلا بعد الشراء حيث لايرجع أصلا لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده إذ المدفوع إليه قبله أمانة وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا ، فإذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا (قوله معه) أى المضارب (قوله فالقول للمضارب) وقال زفر : القول لرب المال . وهو قول أبى حنيفة أولا لأن المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكره . فالقول قول المنكر . ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما بأن حاصل اختلافهما فى المقبوض فالقول قول القابض فى مقدار المقبوض ولو ضمنيا اعتبارا بما لو أنكره أصلا فإن القول له (قوله لأن القول فى مقدار المقبوض للقابض) لأنه أحق بمعرفة مقدار المقبوض (قوله أمينا) أى كالمودع (قوله أو ضمينا) كالغاصب (قوله كما لو أنكره) أى القبض أصلا فالقول قوله (قوله ولو كان الاختلاف مع ذلك) أى مع الاختلاف فى المقبوض الاختلاف فى مقدار الربح ، بأن قال المال رب رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى نصف الربح كان القول للمضارب فى قدر رأس المال لأنه القابض والقول لرب المال فى مقدار الربح لأنه المنكر للزيادة . وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن ادعى البضاعة قبل منه فكذا فى إنكاره الزيادة ذكره

فقط) لأنه يستفاد من جهته (وأيهما أقام بينة تقبل، وإن أقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى راس المال و) بينة (المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح) قيد الاختلاف بكونه فى المقدار، لأنه لو كان فى الصفة فالقول لرب المال فلذا قال (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لأنه منكر (وكذا لو قال المضارب هى قرض وقال رب المال هى بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) لأنه يدعى عليه التمليك والمالك ينكر.

(وأما لو ادعى المالك القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب) لأنه ينكر الضمان، وأيهما أقام البينة قبلت (وإن أقاما) بينة (فبينة رب المال أولى) لأنها أكثر إثباتا.

الزيلعى (قوله فقط) لا فى رأس المال، بل القول فيه للمضارب لأنه القابض كما علمت (قوله لأنه يستفاد من جهته) أى من جهة رب المال من حيث أن الربح نماء ملكه (قوله وإن أقاماها الخ) أى لأن بينة رب المال فى زيادة رأس المال أكثر إثباتا، ولأن بينة المضارب فى زيادة الربح أكثر إثباتا كما فى الزيلعى.

ويؤخذ من هذا ومن الاختلاف فى الصفة أن رب المال لو ادعى المضاربة وادعى من فى يده المال أنها عنان وله فى المال كذا وأقاما البينة فبينة ذى اليد أولى لأنها أثبتت حصة من المال وأثبتت الصفة.

أقول: لكن قد يقال إن كلتا البينتين أثبتت حصة وصفة وتزيد بينة رب المال بأنه خارج، إلا أن يقال إن الصفة التى أثبتتها بينة القابض أقوى لأن شركة العنان أقوى من المضاربة فليتأمل (قوله فى المقدار) أى مقدار المقبوض (قوله لأنه لو كان فى الصفة) أى صفة الدفع هل هو مضاربة أو بضاعة، وقال المالك بضاعة ولم أجعل لك من الربح شيئا، وقال من فى يده المال مضاربة وجعلت لى نصف الربح فالقول لرب المال لأن العامل يدعى عليه استحقاق أجر على عمله وهو ينكر والقول للمنكر، وكان الأولى تقديم هذه المسألة على المسألة السابقة فيقول قيد بكونه فى مقدار المقبوض لأنه لو كان فى مقدار الربح أيضا أو فى الصفة فالقول لرب المال.

قال العلامة الرحمتى وقوله لأنه لو كان فى الصفة ليس على إطلاقه لأنه لو ادعى المالك القرض والقابض المضاربة أو البضاعة أو الوديعة كان القول للقابض كما سيأتى متنا (قوله فقال) أى المضارب (قوله وقال المالك) الأولى ذو اليد (قوله فالقول للمالك) لأنه منكر ولأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة فى الربح وهو ينكر ذكره ابن الكمال (قوله واو قال المضارب) الأولى واضع اليد لأن المسألتين الأوليين اتفقا فيهما على عدم المضاربة (قوله هى قرض) أى وجميع الربح لى (قوله أو وديعة) إنما كان القول له وإن كان الربح ليس له منه شئ لما ذكره المؤلف من أنه يدعى عليه التمليك وهو ينكر (قوله والبينة بينة المضارب) سواء أقامها وحده أو مع رب المال لأنها تثبت أمرا زائدا وهو التمليك بالقرض (قوله لأنه يدعى عليه التمليك) أى تمليك بعض الربح فيما إذا ادعى المضاربة وتمليك عين المال فيما إذا ادعى القرض لأن المستقرض يملكه ولذا كان ربحه له (قوله لأنه ينكر الضمان) أى ورب المال يدعيه والقول للمنكر، فقد خرجت هذه عن قاعدة الاختلاف فى الوصف لهذه العلة لأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت عليه ضمان البدل ط (قوله فبينة رب المال أولى لأنها أكثر إثباتا) لأنه يدعى عليه الضمان بالقرض، وهذا معنى قوله لأنها أكثر إثباتا وهذا ظاهر فيما إذا ادعى المالك القرض لأنها تثبت الضمان على المستقرض. أما لو ادعى القابض القرض فينبغى أن تكون البينة له لأن بينته أكثر إثباتا وهو تملك المال المقبوض وكذا لو ادعى المضاربة لأنها تثبت استحقاقا فى الربح تأمل.

وأما الاختلاف فى النوع ، فإن ادعى المضارب العموم أو الإطلاق وادعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالأصل .

والحاصل أن القول لمدعى المضاربة فى الوجهين والبينة بينة مدعى القرض فيهما على ماذكر .

وفى البدائع قال : دفعت لى ألفا مضاربة فهلكت فقال المقر له لا بل غصبتها منى ، فإن الهلاك قبل التصرف فلا ضمان ، وإن بعده يضمن يعنى لأن التصرف فى مال الغير سبب لوجوب الضمان فى الأصل فكان دعوى الإذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة . والظاهر أن هذا لايجرى فيما نحن فيه لأنه أقر بالقبض المبيح للتصرف (قوله وأما الاختلاف فى النوع) هذا مقابل قوله المار ، لأنه لوكان فى الصفة وكان عليه أن يؤخر هذا إلى قوله ولو ادعى كل نوعا لأن الاختلاف فى العموم والخصوص ليس من الاختلاف فى النوع بل من الصفة فلا يتم التفريع الآتى عليه وهو قوله فإن ادعى المضارب الخ .

قال فى البدائع : فإن اختلفا فى العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بأن ادعى أحدهما المضاربة فى جميع التجارات أو فى عموم الأمكنة أو مع عموم الأشخاص ، لأن قول من يدعى العموم يوافق المقصود بالعقد إذ المقصود هو الربح وهنا المقصود بالعموم أوفر ، وكذا لو اختلفا فى الإطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الإطلاق ، حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر فى الحنطة دون ماسواها ، وقال المضارب ماسميت لى تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه ، لأن الإطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد على مابينا .

وقال الحسن بن زياد : القول قول رب المال فى الفصلين ، فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعى الخصوص فى دعوى العموم والخصوص وفى دعوى الإطلاق والتقييد بينة من يدعى التقييد لأنها تثبت زيادة قيد وبينة الإطلاق ساكتة . ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا فى ذلك الخاص بأن قال رب المال دفعت المال إليك مضاربة فى البر وقال المضارب فى الطعام فالقول قول رب المال اتفاقا لأنه لايمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما فى ذلك فترجح بالإذن ، وأنه يستفاد من رب المال ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأن بينته مثبتة وبينة رب المال نافية لأنه لايحتاج إلى الإثبات والمضارب يحتاج له لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى كذا فى الحواشى الحموية (قوله فإن ادعى المضارب العموم) أى فى أنواع التجارات (قوله أو الإطلاق) بأن قال أطلقت لى فى السفر برا وبحرا (قوله وادعى المالك الخصوص) أى بنوع من التجارة .

والمناسب أو التقييد لتحسن المقابلة بأن قال قيدت لك السفر بالبر (قوله فالقول للمضارب) لأن الأصل فى المضاربة العموم إذ المقصود منها الاسترباح والعموم والإطلاق يناسبانه ، وهذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب ، فلو قبله فالقول للمالك ، كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم والمضارب الخصوص فالقول للمالك در منتقى ، ومثله فى الخانية وغاية البيان والزيلعى والبحر وغيرها . وحكى ابن وهبان فى نظمه قولين .

وفى مجموعة الأنقروى عن محيط السرخسى : لو قال رب المال هو قرض والقابض مضاربة ، فإن بعد ماتصرف فالقول لرب المال والبينة بينته أيضا والمضارب ضامن ، وإن قبله فالقول قوله ولا ضمان عليه أى القابض لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض لإنكار القابض اهـ ونقل فيها عن الذخيرة من الرابع مثله ، ومثله فى كتاب القول لمن عن غانم البغدادى عن الوجيز ، وبمثله أفتى على أفندى مفتى الممالك العثمانية ، وكذا قال فى فتاوى ابن نجيم القول لرب المال .

ولو ادعى كل نوعا فالقول للمالك والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان .
ولو وقتت البينتان قضى بالمتأخرة وإلا فبينة المالك مال الصغير إلى نفسه .
[فروع] دفع الوصى مضاربة جاز ، وقيده الطرسوسى بأن لا يجعل الوصى لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله ، وتمامه فى شرح الوهبانية .

ويمكن أن يقال إن مافى الخانية والمصنف وما قدمناه عن الدر المنتقى فيما إذا كان قبل التصرف حملا للمطلق على المقيد لاتحاد الحادثة والحكم ، وبالله التوفيق ، كذا فى مجموعة منلا على ملخصا (قوله ولو ادعى كل نوعا) بأن قال أحدهما فى بز وقال الآخر فى بر (قوله فالقول للمالك) لأنهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الإذن والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفى الضمان وعدم حاجته إلى البينة ذكره الزيلعى (قوله والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه) يعنى أن البينة تكون حينئذ على صحة تصرفه لا على نفى الضمان حتى تكون على النفى فلا تقبل (قوله ولو وقتت البينتان) بأن قال رب المال أديت إليك مضاربة أن تعمل فى بز فى رمضان وقال المضارب دفعت إلى لأعمل فى طعام فى شوال وأقاما البينة (قوله قضى بالمتأخرة) لأن آخر الشرطين ينقض الأول عناية (قوله وإلا) أى إن لم يوقتا أو وقتت إحداهما دون الأخرى (قوله فبينة المالك) لأنه يتعذر القضاء بهما معا للاستحالة ، وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك ، وإذا تعذر بهما القضاء فبينة رب المال أولى لأنها تثبت ماليس بثابت أفاده الأكمل ، وهذا ينافى ماقدمه من أن البينة للمضارب إذ هو عند تعارض البينتين وإلا فهى لمن أقامها إلا أن يحمل على أن البينة أقامها المضارب فقط وهو بعيد ، لأنه إذا انفرد كل بإقامة البينة قبلت منه فلا وجه للتخصيص .

وحاصله أنه لم يظهر وجه ماذكره لأن المفهوم من تصوير صاحب الدرر والعزمية أنهما اتفقا على المضاربة واختلفا فى الوقت وأقاما بينة وأرخت البينتان يقضى بالمتأخرة فلا يقال وإلا لأنهما إذا لم يوقتا لاحاجة إليهما بعد الاتفاق على المضاربة ، إلا أن يقال إلا أن الاختلاف فى التوقيت مبنى على الاختلاف فى النوع ، لكن المفهوم خلافه .

قال خير الدين الرملى: وجهه أن المضارب بقوله ماسميت لى تجارة بعينها يدعى التعميم وهو أصل فى المضاربة فالقول قول من يدعيه ورب المال بدعواه النوع ادعى التخصيص وهو خلاف الأصل فيها والبينة للإثبات والإثبات على من خالف الأصل .

وأقول : على هذا الاختلاف بين الوكيل والموكل فى ذلك على العكس تأمل .

قال فى البحر فى الوكالة : أمرتك بالاتجار فى البر وادعى الإطلاق فالقول للمضارب لا دعائه عمومه . وعن الحسن عن الإمام أنه لرب المال لأن الإذن يستفاد منه ، وإن برهنا فإن نص شهود العامل أنه أعطاه مضاربة فى كل تجارة فهو أولى لإثباته الزيادة لفظا ومعنى ، وإن لم ينصوا على هذا الحرف فارب المال اهـ (قوله جاز) فيكون عاقدا من الجانبين كما فى النكاح وهبة الأب من طفله (قوله وقيده الطرسوسى) أى بحثا منه . ورده ابن وهبان بأنه تقييد لإطلاقهم برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق . واستظهر ابن الشحنة ما قاله الطرسوسى نظرا للصغير أى ويكون هذا التقييد مراد من أطلق ليحصل به نفى التهمة ، لكن فى جامع الفصولين عن الملتقط : ليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة فهذا يفيد المنع مطلقا (قوله بأن لايجعل الوصى لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله) بأن كان الغير يجعل لليتيم النصف منه فجعل الوصى الثلث له (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) أى لابن الشحنة ، لأنه إذا أطلق شرح الوهبانية ينصرف إليه كما إذا أطلق شرح الكنز ينصرف

وفيها : مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد دينا فى تركته :

وفى الاختيار : دفع المضارب شيئا للعاشر ليكف عنه ضمن لأنه ليس من أمور التجارة ، لكن صرح فى مجمع الفتاوى بعدم الضمان فى زماننا . قال : وكذا الوصى

للشارح الزيلعى ، وكذا شرح الوقاية للشارح الشمنى ، وشرح الهداية لصاحب فتح القدير ، وشرح القدورى للجوهرة كما هو مقتضى كلامهم .

وعبارة ابن الشحنة : حيث قال بعد الذى ذكره الشارح : حتى لو كان الناس يعتقدون المضاربة بالنصف حتى عقدها هو لنفسه فى مال الصغير بالثلث لايجوز له ذلك ، وقال إنه ما زاد ذلك إلا دفعا لما توهمه عبارة الذخيرة من الجواز للتعليل بالاستنماء وعدم الاستحقاق فى مال الصغير ، وإنما هو من الربح الحاصل بعمل المضارب ، وقال إنه لم يقف على هذا التقييد فى كلام الأصحاب ، ولكنه ينبغى أن يكون كذلك نظرا للصبى .

وتعجب المصنف من تقييده بما أطلقه المشايخ برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق لأنه نفع صرف ، ووثوق الوصى بنفسه ليس كوثوقه بغيره ، نعم لو جعله من باب الديانة والمروءة لكان حسنا ، لكن لو عقد بأقل صح اهـ .

قلت : الأظهر عندى ما قاله الطرسوسى ، لأن تصرف الوصى إنما هو بالولاية النظرية ولا نظر للصبى فى المضاربة فى مال بأقل مما يفعله أمثال الوصى من الثقات ، بل النظر فيه لجانب الوصى فإنه يحصل لنفسه ربحا به يتعذر حصوله بدون مال اليتيم مع الحيف على اليتيم وإن كان مصلحة من حيث أنه يحصل الربح فى الجملة ، اللهم إلا أن يقال يكفى حصول المصلحة فى الجملة وإن أمكن ما هو أولى منها اهـ . قال الشرنبلالى بعد نقل ما عن الطرسوسى : ونازعه المصنف وارتضى الشارح ذلك القيد نظرا للصغير بحثا منه انتهى .

أقول : ولا تنس ما قدمناه عن جامع الفصولين عن الملتقط (قوله وفيها) أى الوهبانية (قوله مات المضارب الخ) وكذا المودع والمستعير وكل من كان المال فى يده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه دينا فى تركته ، لأنه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة أى مثلا ولا يصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال ؛ ولو عين الميت فى حال الحياة أو علم ذلك يكون ذلك أمانة فى يد وصيه أو وارثه كما كان فى يده ، ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت حال حياته انتهى ، وسيأتى تمامه فى الوديعة (قوله عاد دينا فى تركته) أى لأنه صار بالتجهيل مستهلكا كما علمت ، وأفتى به فى الحامدية قائلا وبه أفتى قارىء الهداية (قوله لكن صرح فى مجمع الفتاوى) نقل فى المنح عنه ما نصه : قال الشيخ الإمام الأجل : وكان شيخنا يقول : الجواب فى زماننا بخلاف هذا ، ولا ضمان على المضارب فيما يعطى من مال المضاربة لسلطان طمع فيه وقصد أخذه بطريق الغصب ، وكذا الوصى إذا صانع فى مال اليتيم لأنهما يقصد أن الإصلاح بهذه المصانعة فلو لم يفعل أخذ المصانع جميع المال فدفع البعض لإحراز ما بقى من جملة الحفظ فى زماننا ، والأمين فيما يرجع إلى الحفظ لا يكون ضامنا ، فأما فى زمانهم فكانت القوة لسلاطين العدل ، انتهى مختصرا .

ويؤخذ من هذا أنه إذا دفع من مال نفسه يكون متبرعا فيضيع عليه ما دفع إلا إذا أشهد عند الدفع أنه يرجع ويحرر . قال الرحمتى لا يضمن فى زماننا لغلبة أهل الظلم والرشوة إذا كانت لدفع الضرر عن نفسه وعن

لأنهما يقصدان الصلاح ، وسيجىء آخر الوديعة .

وفيه : لو شرى بمالها متاعا فقال أنا أمسكه حتى أجد ربحا كثيرا وأراد المالك بيعه ، فإن فى المال ربح أجبر على بيعه لعمله بأجر كما مر إلا أن يقول للمالك أعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك .

وفى البزازية : دفع إليه ألفا نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة اهـ .

قلت ، والمفتى به أنه لاضمان مطلقا ، لا فى المضاربة لأنها أمانة ، ولا فى الهبة لأنها فاسدة وهى تملك بالقبض على المعتمد المفتى به كما سيجىء فلا ضمان فيها ، وبه يضعف قول الوهبانية :

رب المال كانت جائزة للدافع مأذونا فيها عادة من المالك وإن حرمت على الآخذ انتهى (قوله لأنهما يقصدان الإصلاح) أى فى هذه الرشوة فدفع البعض لإحراز ما بقى من جملة الحفظ والأمين فيما يرجع للحفظ لا يكون ضامنا منح (قوله وسيجىء آخر الوديعة) ونصه : إذا هدد وخاف تلف نفسه أو عضوه أو خشى أخذ ماله كله فلا ضمان ، وفيما سوى ذلك يضمن فتأمل ، وسيأتى الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى (قوله وفيه لو شرى الخ) نقله فى المنح بأبسط من هذا حيث قال : وفيه أيضا : إذا اشترى المضارب بالمال متاعا فقال المضارب أنا أمسكه حتى أجد ربحا كثيرا وأراد رب المال بيعه فهذا على وجهين : إما أن يكون فى مال المضاربة فضل بأن كان رأس المال ألفا فاشترى به متاعا يساوى ألفين أو لم يكن فى المال فضل بأن كان رأس المال ألفا واشترى به متاعا يساوى ألفا ففى الوجهين جميعا لا يكون للمضارب حق إمساك المتاع من غير رضا رب إلا أن يعطى رب المال رأس المال ، إن لم يكن فيه فضل ورأس المال وحصته من الربح إن كان فيه فضل فحينئذ له حق إمساكه ، وإن لم يعط ذلك ولم يكن له حق إمساكه هل يجبر على البيع ، إن كان فى المال فضل يجبر المضارب على بيعه لأنه سلم له بدل عمله فيجبر على العمل إلا أن يقول لرب المال أعطيك رأس المال وحصتك من الربح إن كان فى المتاع فضل أو يقول أعطيك رأس المال إن لم يكن فضل فإن اختار ذلك فحينئذ لا يجبر على البيع ويجبر رب المال على قبول ذلك نظرا من الجانبين ، وإن لم يكن فى المال فضل لا يجبر على البيع ويقال لرب المال المتاع كله خالص ملكك ، فإما أن تأخذه برأس مالك أو تبيعه حتى تصل إلى رأس مالك انتهى من مضاربة الذخيرة والمحيط .

والحاصل أن الكلام هنا فى موضعين : الأول حق إمساك المضارب المتاع من غير رضا رب المال . والثانى إجبار المضارب على البيع حيث لا حق له فى الإمساك .

أما الأول : فلا حق له فيه سواء كان فى المال ربح أولا إلا أن يعطى لرب المال رأس المال فقط إن لم يربح أو مع حصته من الربح فحينئذ له حق الإمساك .

وأما الثانى : وهو إجباره على البيع فهو أنه إن كان فى المال ربح أجبر على البيع إلا أن يدفع للمالك رأس ماله مع حصته من الربح وإن لم يكن فى المال ربح لا يجبر ، ولكن له أن يدفع للمالك رأس ماله أو يدفع له المتاع برأس ماله ، هذا حاصل ما فهمته من عبارة المنح عن الذخيرة ، وهى عبارة معقدة كما سمعت ، وقد راجعت عبارة الذخيرة فوجدتها كما فى المنح ونقلها فى الهندية عن المحيط ومثله فى الفتاوى العطائية ، وبقى ما إذا أراد المالك أن يمسك المتاع والمضارب يريد بيعه وهو حادثة الفتوى ويعلم جوابها مما مر قبيل الفصل من أنه لو عزله وعلم به والمال عروض باعها وإن نهاه المالك ولا يملك المالك فسخها ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه (قوله كما مر) الذى مر تعليل لغير هذا وهو أنه يجبر على قضاء الدين إن كان فى المال ربح (قوله يضمن حصة الهبة) لأن هبة المشاع الذى يقبل القسمة غير صحيحة فتكون فى ضمانه (قوله وهى تملك بالقبض على المفتى به) قال السائحانى أقول : لاتنافى بين الملك بالقبض والضمان اهـ ونص عليه فى جامع الفصولين حيث قال

وأودعه عشرا على أن خمسة   له هبة فاستهلك الخمس يخسر

رامز الفتاوى الفضلى : الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ، ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اهـ فتنبه (قوله وأودعه عشرا) بعده بيت متوقف عليه وهو :

له سبعة قالوا ونصفا إذا نوت   له الخمسة الأخرى وفى الشرع ينشر

قال الشرنبلالى: صورتها رجل دفع لغيره عشرة دراهم وقال خمسة منها هبةلك وخمسة وديعة عندك فاستهلك القابض منها خمسة وهلكت الخمسة الباقية ضمن سبعة ونصفا لأن الخمسة الموهوبة مضمونة على القابض لأنها هبة مشاع يحتمل القسمة وهى فاسدة والخمسة التى استهلكها نصفها من الهبة ونصفها من الأمانة فيضمن هذه الخمسة والخمسة التى ضاعت نصفها من الهبة فيضمن نصفها فصار المضمون سبعة ونصفا .

قلت : وهذا على غير الصحيح لأن الهبة الفاسدة تملك بالقبض وقد سلطه المالك عليها فلا ضمان فيها ، وكذلك لا ضمان فى الوديعة ، لما فى البزازية : دفع إليه ألفا نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة لا حصة المضاربة لأنها أمانة ، وقوله يضمن حصة الهبة لا حصة المضاربة إنما هو على رواية عدم الملك وهو خلاف المفتى به ، أما على المفتى به ، فلا ضمان مطلقا لا فى الوديعة ولا فى الهبة الفاسدة لأنه ملكها بالقبض فلذا قال الشارح وبه يضعف قول الوهبانية اهـ بتصرف وإصلاح من شرح العلامة عبدالبر ، ويضمن درهمين ونصفا من الأمانة التى استهلكها ط .

أقول : قوله وكذلك لا ضمان فى الوديعة الخ فيه أن فرض مسألة الوهبانية فى الاستهلاك وما استشهد به فى الهلاك فينبغى أن يضمن درهمين ونصفا بناء على المفتى به لأن الخمسة التى استهلكها نصفها من الهبة فلا يضمن ونصفها من الأمانة فيضمن ، وأما الخمسة التى ضاعت فلا يضمن شيئا منها تأمل .

[فروع] سئل فيما إذا مات المضارب وعليه دين وكان مال المضاربة معروفا فهل يكون رب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح ؟ الجواب نعم كما صرح به فى الخانية والذخيرة البرهانية حامدية .

وفيها عن قارىء الهداية من باب القضاء فى فتاويه : إذا ادعى أحد الشريكين خيانة فى قدر معلوم وأنكر حلف عليه ، فإن حلف برىء ، وإن نكل ثبت ما ادعاه ، وإن لم يعين مقدارا فكذا الحكم ، لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يعين مقدار ما خان فيه ، والقول قوله فى مقداره مع يمينه لأن نكوله كالإقرار بشىء مجهول ، والبيان فى مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على أكثر اهـ .

كل ما جاز للمضارب فى المضاربة الصحيحة من شراء أو بيع أو إجارة أو بضاعة أو غير ذلك فهو جائز له فى المضاربة الفاسدة ، ولا ضمان على المضارب ، وكذلك لو قال اعمل برأيك جازله ما يجوز له فى المضاربة الصحيحة كذا فى الفصول العمادية .

رجلان دفعا إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ونهياه عن الشركة فانشق الكيس الذى فيه الدراهم واختلط بدراهم المضارب ، من غير فعله فله أن يشترى بذلك ولا ضمان عليه والشركة بينهما ثابتة ، وليس له أن يخص نفسه ببيع شىء من ذلك المتاع ولا يشترى بثمنه شيئا لنفسه دون صاحبه ، ولكن لو كان قبل أن يشترى بالمال شيئا اشترى للمضاربة متاعا بألف درهم وأشهد ثم نقدها من المال ثم اشترى لنفسه متاعا بألف درهم ونقدها من المال فهذا جائز كذا فى المحيط هندية .

لو كان رب المال ملك العبد بغير شيء فباعه من المضارب بألف المضاربة لم يبعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه من رب المال هندية عن المبسوط .

إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ثم دفع إلى آخر ألف درهم بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبدا بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فأراد الثانى أن يبيعه مرابحة يبيعه على أقل الثمنين ، ولو باعه الأول من الثانى بألفين ألف من المضاربة وألف من مال نفسه فإن الثانى يبيعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين لأن الثانى اشترى نصفه لنفسه وقد كان الأول اشترى ذلك النصف الثانى بمائتين وخمسين كذا فى البدائع . ولو قال رب المال استقرض علىّ ألفا واتبع بها على المضاربة ففعل كان ذلك على نفسه ، حتى لو هلك فى يده قبل أن يدفعه لرب المال لزمه ضمانه لأن الأمر بالاستقراض باطل هندية عن الحاوى .

وفيها : كل مضاربة فاسدة لا نفقة للمضارب فيها على مال المضاربة ، فإن أنفق على نفسه من المال حسب من أجر مثل عمله وأخذ بما زاد إن كان ما أنفق منه أكثر من أجر المثل كذا فى المبسوط .

لو قال المضارب لرب المال دفعت إليك رأس المال والذى فى يدى ربح ثم قال لم أدفع ولكنه هلك فهو ضامن كذا فى الحاوى .

الأصل أن قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوفة ، إن قبض رأس المال صحت القسمة ، وإن لم يقبض بطلت كذا فى محيط السرخسى .

ولو دفع حربى إلى مسلم مال المضاربة ثم دخل المسلم دار الحرب بإذن رب المال فهو على المضاربة كذا فى خزانة المفتين .

إذا دفع المسلم إلى النصرانى مالا مضاربة بالنصف فهو جائز إلا أنه مكروه ، فإن اتجر فى الخمر والخنزير فربح جاز على المضاربة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وينبغى للمسلم أن يتصدق بحصته من الربح . وعندهما تصرفه فى الخمر والخنزير لا يجوز على المضاربة ، فإن اشترى ميتة فنقد فيه مال المضاربة فهو مخالف ضامن عندهم جميعا ، وإن أربى فاشترى درهمين بدرهم كان البيع فاسدا ولكن لا يصير ضامنا لمال المضاربة والربح بينهما على الشرط .

ولا بأس بأن يأخذ المسلم مال النصرانى مضاربة ولا يكره له ذلك ، فإن اشترى به خمرا أو خنزيرا أو ميتة ونقد مال المضاربة فهو مخالف ضامن ، فإن ربح فى ذلك رد الربح على من أخذ منه إن كان يعرفه ، وإن كان لايعرفه تصدق به ، ولا يعطى رب المال النصرانى منه شيئا .

ولو دفع المسلم ماله مضاربة إلى مسلم ونصرانى جاز من غير كراهة ، كذا فى المبسوط من باب شراء المضارب وهبته ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الإيداع

لا خفاء فى اشتراكه مع ما قبله فى الحكم وهو الأمانة (هو) لغة من الودع : أى الترك . وشرعا (تسليط الغير على حفظ ماله صريحا أو دلالة) كأن انفتق زق رجل

كتاب الإيداع

كان القياس أن يقول كتاب الوديع بدون التاء لأنه فعيل بمعنى مفعول وفيه يستوى المذكور والمؤنث؛ تقول رجل جريح وامرأة جريح ، وإنما عدل عن القياس لأنه جعل من عدد الأسماء تدخل عليه التاء كالذبيحة والنطيحة فتكون للنقل لا للتأنيث نوح أفندى . وأصله أوداع وقعت الواو إثر كسرة قلبت ياء فصار إيداع اه سرى الدين ؟

واعلم أن الفقهاء يبحثون عن أفعال المكلف ، لكن الفقهاء يعنونون بعض الكتب بها كقولهم كتاب النكاح كتاب البيع والهبة ، وفى بعضها بما يتعلق بتلك الأفعال ككتاب العارية والمأذون والوجه فيه غير ظاهر در منتقى ، وحفظ الأمانة يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما ، قال عليه الصلاة والسلام «الأمانة تجر الغنى ، والخيانة تجر الفقر» .

وروى أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام قامت له تنادى أيها الملك اسمع كلامى فوقف يوسف عليه السلام فقالت : الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك . فسأل عنها فقيل إنها زليخا فتزوجها مرحمة عليها انتهى زيلعى . والإيداع والاستيداع بمعنى وفى المغرب يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع أى وديعة اه ط بزيادة (قوله وهو الأمانة) قال الزيلعى : وحكم الوديعة الحفظ على المستودع ووجوب الأداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة فى يده .

وفى العناية : وجه مناسبة هذا الكتاب لما تقدم قد مر فى أول الإقرار وهو أن المال الثابت له إن حفظه بنفسه فظاهر ، وإن بغيره فوديعة ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقى من الأدنى إلى الأعلى ، لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شىء ، والعارية أمانة مع تمليك المنفعة بلا عوض ، والهبة تمليك عين بلا عوض والإجارة تمليك المنفعة بعوض ، وهى أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم اه أى فكان فى الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى . فأول الغيث قطر ثم ينسكب . (قوله من الودع) فالمزيد مشتق من المجرد . قال فى الدر المنتقى : من ودع ودعا : أى ترك وكلاهما مستعمل فى القرآن والحديث ذكره ابن الأثير فلا ينبغى أن يحكم بشذوذهما انتهى . وفى الزيلعى : من الودع ، وهو مطلق الترك ، وما ذكره النحاة من أن العرب أماتوا مصدر يدع رده قاضى زاده بأنه عليه الصلاة والسلام أفصح العرب وقد قال « لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين » أى عن تركهم إياها ، والمراد من الختم فى الحديث أن يحدث فى نفوسهم هيئة تمرنهم على عدم نفوذ الحق فيها كذا بخط شيخنا ، وقوله ليختمن بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبفتح الميم أيضا ، وقوله ليكتبن بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبضم الباء الموحدة من تحت كذا السماع من شيخنا أبى السعود وقال تعالى - ماودعك ربك وما قلى - قرئ بالتخفيف والتشديد (قوله وشرعا الخ) الأنسب بالمعنى اللغوى أن يقول هو ترك ماله عند غيره لحفظه (قوله كأن انفتق) عبر به لأنه لو فتقه مالكه وتركه فلا ضمان على أحد ، ولو فتقه غيره فالضمان على الفاتق

فأخذه رجل بغيبة مالكه ثم تركه ضمن لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة بحر .
(والوديعة ما تترك عند الأمين) وهي أخص من الأمانة كما حققه المصنف وغيره .
(وركنها الإيجاب صريحا) كأودعتك (أو كناية)

كذا ظهر لى ويحرر ط (قوله فأخذه رجل) أما إذا لم يأخذه ولم يدن منه لا يضمن منح عن المحيط ، وهذا يفيد أنه إذا دنا منه لزمه وإن لم يأخذه والعلة تنافيه (قوله بغيبة مالكه) أما إذا كان المالك حاضرا لم يضمن فى الوجهين منح أى فى الأخذ وعدمه (قوله ثم تركه ضمن) ما ذكره من التعريف ليس خاصا بالوديعة بل يشمل اللقطة لأنه إذا رفعها لزمه حفظها ومع هذا لا تسمى وديعة ثم فى تعريفه على ما ذكره المصنف نظر ، لأن المذكور فى المصنف التسليط وهو فعل المالك وهذا التزام وهو فعل الأمين ، ولم يكن بتسليط من المالك لاصريحا ولا دلالة وإنما التسليط دلالة فيما سيأتى ، وهو ما لو وضع ثوبا بين يدى رجل ولم يقل شيئا فتأمل .
ويقرب من هذا ماذكره فى الأشباه فى فن الحكايات عن أبى حنيفة قال : كنت مجتازا فأشارت إلى امرأة إلى شيء مطروح فى الطريق فتوهمت أنها خرساء وأن الشيء لها فلما رفعته إليها قالت احفظه حتى تسلمه لصاحبه فإنه لقطة انتهى ، إلا أن يقال المراد تسليط الشرع فإنه بالأخذ التزم حفظه شرعا تأمل (قوله لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة) علة لقوله ضمن . ووجه كونه من التسليط على الحفظ دلالة أن المالك يجب حفظ ماله ويجب المعاونة على حفظه فكأنه أمره بالحفظ ، والمؤلف جعل الدلالة من قبل المودع بالفتح وهو خلاف الموضوع ، فلو قال لأنه بهذا سلطه على حفظه دلالة لكان أليق ط (قوله والوديعة ماتترك عند الأمين) أى للحفظ زاد البرجندى فقط ليخرج العارية لأنها تترك للحفظ والانتفاع ، وإنما لم يقيد به تبعا لصاحب الكنز لاعتباره فى تعريف الإيداع السابق (قوله وهى أخص من الأمانة) لأن الأمانة اسم لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التى لاضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها والوديعة ماودع للحفظ بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين أى بالعموم والخصوص . والحكم فى الوديعة أنه يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد الوفاق فى الأمانة . والفرق بين الوديعة والأمانة العموم والخصوص ، فإن كل وديعة أمانة والعكس ليس كذلك وحمل الأعم على الأخص يجوز كما فعله صاحب الدرر دون عكسه كما فعله القدورى ، لأن الأمانة تشمل ماإذا كان من غير قصد ، كما إذا هبت الريح فى ثوب إنسان فألقته فى حجر غيره :
ومايقال من أن الوديعة قد تكون من غير صنع المودع على ماصرح به صاحب الهداية فى آخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار فدفعه بحمل الوديعة ثمة على معناها اللغوى لا الاصطلاحى ومثل هذا كثير لايخفى على من تدرب (قوله كما حققه المصنف وغيره) قال المصنف فى منحه : والفرق بينهما من وجهين .
أحدهما أن الوديعة خاصة بما ذكرنا والأمانة عامة تشمل مالو وقع فى يده شيء من غير قصد ، بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته فى حجر غيره وحكمها مختلف فى بعض الصور ، لأن فى الوديعة يبرأ من الضمان بعد الخلاف إذا عاد إلى الوفاق ، وفى الأمانة لايبرأ عن الضمان بعد الخلاف .
الثانى أن الأمانة علم لما هو غير مضمون فتشمل جميع الصور التى لاضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها ، والوديعة ماوضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين ، واختاره صاحب الهداية والنهاية . ونقل الأول عن الإمام بدر الدين الكردرى اهـ وقد أوسع الكلام فى هذا المقام العلامتان صدر الشريعة وقاضى زاده (قوله وركنها الإيجاب صريحا) أى قولا أو فعلا (قوله أو كناية) المراد بها ماقابل الصريح مثل

كقوله لرجل أعطنى ألف درهم أو أعطنى هذا الثوب مثلا فقال أعطيتك كان وديعة بحر ، لأن الإعطاء يحتمل الهبة ، لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية (أو فعلا) كما لو وضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل شيئا فهو إيداع (والقبول من المودع صريحا) كقبلت

كنايات الطلاق لا البيانية كما نذكره قريبا (قوله كقوله لرجل أعطنى الخ) لو قال كقوله لرجل أعطيتك بعد قوله أعطنى كان أوضح ، لأن الإيجاب هو قوله أعطيتك على أن قوله أعطنى ليس بلازم فى التصوير ط (قوله لأن الإعطاء يحتمل الهبة) أى ويحتمل الوديعة . وفيه أن احتمال الوديعة فى مثل هذه العبارة بعيد جدا لغة وعرفا فلماذا عدلوا عن المتبادر إلى غيره (قوله لكن الوديعة أدنى) هذا التعليل ذكره فى البحر أيضا ، ويشير إلى أن المراد بالكناية الكناية البيانية وهى إطلاق الملزوم وإرادة اللازم كقوله : فلان طويل النجاد كثير الرماد على ما عرف فى فن البيان ، وليس كذلك لعدم انتقاله من اللازم إلى الملزوم ولا عكسه ، فعلمنا أن المراد بالكناية ما احتملها وغيرها كما ذكرنا ، فلو قال صريحا أو احتمالا لكان أظهر تأمل (قوله ولم يقل شيئا) فلو ذهب وتركه ضمن إذا ضاع فهذا من الإيجاب دلالة كما أنه من القبول كذلك ، أما لو قال لا أقبل الوديعة لا يضمن إذ القبول عرفا لا يثبت عند الرد صريحا .

قال صاحب جامع الفصولين : أقول دل هذا أن البقار لا يصير مودعا فى بقرة من بعثها إليه فقال البقار للرسول اذهب بها إلى ربها فإنى لا أقبلها فذهب بها فينبغى أن لا يضمن البقار وقد مر خلافه .

يقول الحقير : قوله ينبغى لا ينبغى إذ الرسول لما أتى بها إليه خرج عن حكم الرسالة وصار أجنبيا فلما قال البقار ردها على مالكها صار كأنه ردها إلى أجنبى أو ردها مع أجنبى فلذا يضمن بخلاف مسألة الثوب نور العين وتمامه فيه.

وفيه أيضا عن الذخيرة : ولو قال لم أقبل حتى لم يصر مودعا وترك الثوب ربه فذهب فرفعه من لم يقبل وأدخله بيته ينبغى أن يضمن لأنه لما يثبت الإيداع صار غاصبا برفعه .

يقول الحقير : فيه إشكال ، وهو أن الغصب إزالة يد المالك ولم توجد ورفعه الثوب لقصد النفع لا للضرر بل ترك المالك ثوبه إيداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمنا ، فالظاهر أنه لا يضمن ، والله تعالى أعلم اه .

وفى البحر عن الخلاصة : لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع ، وإن قاموا واحدا بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اه فكل من الإيجاب والقبول فيه غير صريح كمسألة الخانى الآتية قريبا بل بطريق الدلالة .

أقول : لكن فى النفس شىء من بحث نور العين فى مسألة البقار ، وهو أن البقار لما لم يقبل البقرة لم يصر مودعا قطعا والرسول لما أدى الرسالة انتهت يده المأذون بها من المالك وصار كل منهما أجنبيا فى حق حفظ البقرة والبقرة فى حكم اللقطة حينئذ فإذا أمر أجنبيا آخر برفع اللقطة وحفظها لربها لا يضمن الآمر قطعا فكذا لا يضمن هنا . وأما تضمين الرسول فلا وجه له أيضا لأنه من قبيل من رد الضالة لربها وهو مأذون به عادة ، هذا ما ظهر لى فليراجع .

[فرع] فى جامع الفصولين : لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها رب الدار لم يضمن لأنها تضر بالدار ، ولو وجد دابة فى مربطه فأخرجها ضمن (قوله فهو إيداع) أى الوضع المرقوم إيداع .

وفى الفصولين فى الغصب : والوديعة إذا وضع بين يدى المالك برىء لا فى الدين حتى يضعه فى يده أو حجره اه

(أو دلالة) كما لوسكت عند وضعه فإنه قبول دلالة كوضع ثيابه فى حمام بمرأى من الثيابى ، وكقوله لرب الخان

فصار ابتداء الإيداع وانتهاؤه سواء (قوله أو دلالة كما او سكت) أى فإنه قبول . وبعد أن ذكر هذا فى الهندية قال : وضع شيئا فى بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لايضمن لعدم التزام الحفظ .

وضع عند آخر شيئا وقال احفظه فضاع لايضمن لعدم التزام الحفظ اهـ . ويمكن التوفيق بالقرينة الدالة على الرضا وعدمه سائحانى (قوله دلالة) أى حالية ، ولو قال لاأقبل لايكون مودعا لأن الدلالة لم توجد ذكره المصنف والأولى مافى شرح المنتقى حيث قال لأن الدلالة لا تعارض الصريح اهـ ومثله فى كثير من الكتب ، فظهر من هذا سقوط ما فى القنية من أول كتاب الوديعة : وضع عنده شيئا وقال له احفظه حتى أرجع فصاح لا أحفظه وتركه صاحبه صار مودعا ، ويضمن إن ترك حفظه فهو مشكل لأن فيه تقديم الدلالة على الصريح ، بخلاف ما إذا قال ضعه فى الجانب من بيتى إلا أنى لا ألتزم حفظه حتى يصير مودعا لتعارض الصريحين فتساقط فبقى وديعة عنده (قوله بمرأى من الثيابى) ولا يكون الحمامى مودعا مادام الثيابى حاضرا . فإذا كان غائبا فالحمامى مودع اهـ بحر .

وفيه عن الخلاصة : لبس ثوبا فظن الثيابى أنه ثوبه فإذا هو ثوب الغير ضمن وهو الأصح اهـ أى لأنه بترك السؤال والتفحص يكون مفرطا فلا ينافى مايأتى من أن اشتراط الضمان على الأمين باطل ، أفاده أبو السعود . والثيابى : بكسر الثاء المثلثة هو حافظ الثياب فى الحمام ، وهو المعروف فى بلادنا بالناطور . قال فى القاموس : محمود بن عمر المحدث : الثيابى كان يحفظ الثياب فى الحمام اهـ .

وفى الذخيرة : رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام احفظ الثياب فلما خرج لم يجد ثيابه . فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعها وهو يراه ويظن أنه رفع ثياب نفسه فهو ضامن ، لأنه ترك الحفظ حيث لم يمنع القاصد وهو يراه ، وإن أقر إنى رأيت واحدا قد رفع ثيابك إلا أنى ظننت أن الرافع أنت فلا ضمان عليه لأنه لم يصر تاركا للحفظ لما ظن أن الرافع هو ، وإن سرق وهو لايعلم به فلا ضمان عليه إن لم يذهب عن ذلك الموضع ولم يضيع وهو قول الكل ، لأن صاحب الحمام مودع فى حق الثياب إذا لم يشترط له بإزاء حفظه الثياب أجرا أما إذا شرط له بإزاء حفظ الثياب أجرا وقال الأجرة بإزاء الانتفاع بالحمام والحفظ فحينئذ يكون على الاختلاف ، وإن دفع الثياب إلى الثيابى وهو الذى يقال بالفارسية جامه دار فعلى الاختلاف لا ضمان عليه فيما سرق عند أبى حنيفة خلافا لهما لأنه أجير مشترك .

رجل دخل الحمام ونزع الثياب بين يدى صاحب الحمام ولم يقل بلسانه شيئا فدخل الحمام ثم خرج ولم يجد ثيابه ، إن لم يكن للحمام ثيابى يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع ، وإن كان للحمام ثيابى إلا أنه لم يكن حاضرا فكذلك ، وإن كان حاضرا لايضمن صاحب الحمام لأن هذا استحفاظ إلا إذا نص على استحفاظ صاحب الحمام ، بأن قال له أين أضع الثياب فيصير صاحب الحمام مودعا فيضمن ما يضمن المودع .

وفى التجنيس : رجل دخل الحمام ونزع الثياب بمحضر من صاحب الحمام ثم خرج فوجد صاحب الحمام نائما وسرقت ثيابه ، إن نام قاعدا أو مضطجعا بأن وضع جنبه على الأرض ، ففى الوجه الأول لايضمن ، وفى الوجه الثانى قال بعضهم يضمن اهـ .

وفى الفصول العمادية : رجل دخل حماما وقال للحمامى أين أضع ثيابى فأشار الحمامى إلى موضع فوضعه ثمة ودخل الحمام ثم خرج رجل ورفع الثياب فلم يمنعه الحمامى لما أنه ظنه صاحب الثوب ضمن الحمامى لأنه

أين أربطها فقال هناك كان إيداعا خانية ، وهذا فى حق وجوب الحفظ ؛ وأما فى حق الأمانة فتتم بالإيجاب وحده ، حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل اختيار .

(وشرطها كون المال قابلا لإثبات اليد عليه) فلو أودع الآبق أو الطير فى الهواء لم يضمن (وكون المودع

استحفظه وقد قصر فى الحفظ . وهذا قول ابن سلمة وأبى نصير الدبوسى . وكان أبو القاسم يقول : لا ضمان على الحمامى والأول أصح اه .

أقول : وهو الموافق لما مرّ قريبا عن الذخيرة .

وفى فتاوى الفضلى : امرأة دخلت الحمام ودفعت ثيابها إلى المرأة التى تمسك الثياب فلما خرجت لم تجد عندها ثوبا من ثيابها قال محمد بن الفضل : إن كانت المرأة دخلت أولا فى هذا الحمام ودفعت ثيابها إلى التى تمسك الثياب فلا ضمان على الثيابية فى قولهم جميعا إذا لم تعلم أنها تحفظ الثياب بأجر ، لأنها إذا دخلت أول مرة ولم تعلم بذلك ولم تشترط لها الأجر على الحفظ كان ذلك إيداعا والمودع لا يضمن عند الكل إلا بالتضييع ، وإن كانت هذه المرأة قبل هذه المرأة قد دخلت الحمام وكانت تدفع ثيابها إلى هذه الممسكة وتعطيها الأجر على حفظ الثياب فلا ضمان عليها عند أبى حنيفة خلافا لهما لأنها أجيرة مشتركة . والمختار فى الأجير المشترك قول أبى حنيفة ، وقيل هو قول محمد ، والفتوى على قول أبى حنيفة أن الثيابى لايضمن إلا بما ضمن المودع . وذكر قاضيخان أنه ينبغى أن يكون الجواب فى هذه المسئلة عندهما على التفصيل إن كان الثيابى أجير الحمامى يأخذ منه كل يوم أجرا معلوما بهذا العمل لا يكون ضامنا عند الكل بمنزلة تلميذ القصار والمودع اه .

وفى منهوات الأنقروى : دخل الحمام فوضع الحارس له الفوطة ليضع ثيابه عليها فنزع أثوابه ووضعها على الفوطة ودخل واغتسل وخرج ولم يجد عمامته هل يضمنها الحارس ؟ أجاب : نعم يضمنها لأنه استحفظ وقد قصر فى الحفظ كذا فى فتاوى ابن نجيم .

وفى زماننا الثيابى أجير مشترك بلا شبهة ، والمختار فى الأجير المشترك الضمان بالنصف ، فعلى هذا ينبغى أن يفتى فى الثيابى بضمان النصف تأمل اه (قوله كان إيداعا) هذا من الإيجاب والقبول دلالة (قوله وهذا) أى اشتراط القبول أيضا . قال فى المنح : وما ذكرنا من الإيجاب والقبول شرط فى حق وجوب الحفظ ، وأما فى حق الأمانة فتتم بالإيجاب اه والمراد بحق الأمانة أنه لا يكون مضمونا (قوله وإن لم يقبل) قد مر أن القبول صريح ودلالة فنفيه هنا بمعنى الرد ، أما لو سكت فهو قبول دلالة . والحاصل أن المراد نفى القبول بقسميه فتأمل (قوله وشرطها كون المال قابلا الخ) فيه تسامح إذ المراد إثبات اليد بالفعل وبه عبر الزيلعى ، ولايكفى قبول الإثبات كما أشار إليه فى الدرر بقوله وحفظ شىء بدون إثبات اليد عليه محال اه وجرى عليه بعضهم كالحموى والشرنبلالى . وأجاب عنه العلامة أبو السعود بأنه ليس المراد من جعل القابلية شرطا عدم اشتراط إثبات اليد بالفعل ، بل المراد الاحتراز عما لا يقبل ذلك بدليل التعليل والتفريع اللذين ذكرهما الشارح فتدبر اه .

أقول : لكن الذى قدمه فى الدرر يفيد كفاية قبول وضع اليد ؛ فإن من وضع ثيابه بين يدى رجل ساكت كان إيداعا ، وكذلك وضع الثياب فى الحمام وربط الدابة فى الخان مع أنه ليس فيه إثبات اليد بالفعل ، وقوله وحفظ الشىء بدون إثبات اليد عليه معناه بدون إمكان إثباتها فتأمل ، وعليه فيكون المراد بقولها إثبات اليد وقت الإيداع والطائر ونحوه ساعة الإيداع غير قابل لذلك (قوله لم يضمن) الأولى أن يقول لايصح لأنه إذا وجده بعد ووضع يده عليه وهلك من غير تعدّ لم يضمن فتدبر ط .

مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه) فلو أودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ، ولو عبدا محجورا ضمن بعد عتقه (وهى أمانة) هذا حكمها مع وجوب الحفظ

قال فى الجوهرة : أودع صبيا وديعة فهلكت منه لا ضمان عليه بالإجماع ، فإن استهلكها ، إن كان مأذونا فى التجارة ضمنها إجماعا ، وإن كان محجورا عليه ، إن قبضها باذن وليه ضمن أيضا إجماعا ، وإن قبضها بغير إذن وليه لا ضمان عليه عندهما لا فى الحال ولا بعد الإدراك . وقال أبو يوسف : يضمن فى الحال ، وإن أودعه عبدا فقتله ضمن إجماعا .

والفرق أن الصبى من عادته تضييع الأموال فإذا سلمه مع علمه بهذه العادة فكأنه رضى بالإتلاف فلم يكن له تضمينه ، وليس كذلك القتل لأنه ليس من عادة الصبيان فيضمنه ويكون قيمته على عاقلته ، وإن جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه فى مال الصبى اه .

قال العلامة الخير الرملى أقول : يستثنى من إيداع الصبى ما إذا أودع صبى محجور مثله وهى ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والأخذ كذا فى الفوائد الزينية .

وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن فى الحال كذا فى العناية لأنه محجور عليه فى الأقوال دون الأفعال كما ذكر فى الحجر ، وسيأتى مزيد تفصيل فى المسئلة فى كتاب الجنايات قبل القسامة بأسطر فراجعه إن شئت اه (قوله ولو عبدا محجورا ضمن بعد عتقه) أى لو بالغا فاو قاصرا لا ضمان عليه أصلا أبو السعود ، وإنما لم يضمن فى الحال لحق مالكه ، فإن المودع لما سلطه على الحفظ وقبله العبد حقيقة أو حكما كما لو كان ذلك بالتعاطى فكان من قبيل الأقوال ، والعبد محجور عنها فى حق سيده فإذا عتق ظهر الضمان فى حقه لتمام رأيه ، وهذا إذا لم تكن الوديعة عبدا ، فلو أودع صبيا عبدا فقتله الصبى ضمن عاقلته سواء قتله عمدا أو خطأ لأن عمده خطأ ، وليس مسلطا على القتل من جانب المولى لأن المولى لايملك القتل فلا يملك التسليط عليه ، فإن أودع العبد عند عبد محجور فقتله خطأ كان من قبيل الأفعال وهو غير محجور عنها ، ولم تكن من الأقوال لأن مولى العبد لايملك تفويض قتله للموع فكان على مولى العبد المودع القاتل أن يدفعه أو يفديه كما هو حكم الخطأ ، وإن قتله عمدا قتل به إلا أن يعفو وليه رحمتى (قوله وهى أمانة) هذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كالإنسان حيوان ، ولا يجوز عكسه لأن الوديعة عبارة عن كون الشىء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا ، والأمانة قد تكون من غير قصد ، والوديعة خاصة والأمانة عامة ، والوديعة بالعقد والأمانة أعم ، فتنفرد فيما إذا هبت الريح بثوب إنسان وألقته فى حجر غيره ، وتقدم أنه يبرأ عن الضمان فى الوديعة إذا عاد إلى الوفاق ، والأمانة غيرها لا يبرأ عن الضمان بالوفاق ط : ومثله فى النهاية والكفاية . قال يعقوب باشا : وفيه كلام ، وهو أنه إذا اعتبر فى إحداهما القصد وفى الأخرى عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص . والأولى أن يقال والأمانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى ، لكن يمكن الجواب بأن المراد بقوله والأمانة ما يقع فى يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد ، لا أن عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هى أعم من الوديعة لأنها تكون بالقصد فقط والأمانة قد تكون بالقصد بغير تدبر .

وما فى العناية من أنه قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هى التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد فيه كلام ، وهو أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منها لأن التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والأمانة عين من الأعيان فيكونان متباينين . والأولى

والأداء عند الطلب واستحباب قبولها (فلا تضمن بالهلاك) إلا إذا كانت الوديعة بأجر أشباه معزيا للزيلعي (مطلقا) سواء أمكن التحرز عنه أم لا هلك معها شيء أم لا ،

أن يقول والوديعة ما تترك عند الأمين كذا فى هذا المختصر داماد (قوله والأداء عند الطلب) أى إلا فى مسائل ستأتى : منها ما إذا كانت سيفا وأراد قتل آخر ظلما كما فى الدر المنتقى (قوله واستحباب قبولها) قال الشمنى : وشرعية الإيداع بقوله تعالى —إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها—وأداء الأمانة لايكون إلا بعدها ، ولأن قبول الوديعة من باب الإعانة لأن حفظها لصاحبها ، وهى مندوبة لقوله تعالى —وتعاونوا على البر والتقوى— وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم «والله تعالى فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه» اهـ. قال الزيلعى : وقال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وحفظها يوجب سعادة الدارين ، والخيانة توجب الشقاء فيهما الخ ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله فى إعانة عباد الله واستيجابه الأجر والثناء حموى .

والحاصل أنه ينبنى على الإيداع أربعة أشياء : كون الوديعة أمانة ، ووجوب الحفظ على المودع ، ووجوب الأداء عند الطلب . واستحباب قبولها (قوله فلا تضمن بالهلاك) تفريع على كونها أمانة (قوله إلا إذا كانت الوديعة بأجر) سيأتى أن الأجير المشترك لا يضمن وإن شرط عليه الضمان ، وبه يفتى . وأيضا قول المصنف قريبا واشتراط الضمان على الأمين باطل به يفتى . فكيف يقال مع عدم الشرط أنه يضمن .

وفى البزازية : دفع إلى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف فذكر أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى . لكن قال الخير الرملى : صرح الزيلعى فى كتاب الإجارة فى باب ضمان الأجير الوديعة إذا كانت بأجر تكون مضمونة . وسيأتى مثله فى هذا الشرح ، ومثله فى النهاية والكفاية شرح الهداية وكثير من الكتب اهـ . وعللوه بأن الحفظ حينئذ مستحق عليه كما قدمنا : فأفاد أن الأجرة تخرج الوديعة عن كونها أمانة إلى الضمان .

وفى صدر الشريعة : إذا سرق من الأجير المشترك والحال أنه لم يقصر فى المحافظة يضمن عندهما ، كما فى الوديعة التى تكون بأجر فإن الحفظ مستحق عليه . وأبو حنيفة يقول الأجرة فى مقابلة العمل دون الحفظ فصار كالوديعة بلا أجر اهـ . فأفاد أن الوديعة بأجر مضمونة اتفاقا وبلا أجر غير مضمونة اتفاقا . وأما الأجير المشترك فيضمن عندهما لأن الأجرة فى مقابلة العمل والحفظ . ولا يضمن عنده لأنها فى مقابلة العمل فقط ، فحصل الفرق بين المودع بأجر والأجير المشترك .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصدا ، بخلاف الأجير المشترك فإنه مستأجر على العمل اهـ يؤيده ما سمعت وما قدمنا .

والحاصل أن الأجير المشترك من يعمل لغيره عملا غير مؤقت ولا مخصوص كالحمامى والحارس فهو مستأجر لحفظ المكان الذى فيه المتاع . فلم يكن مودعا بخلاف المودع بأجر فإنه يقال له احفظ هذه الوديعة ولك من الأجر كذا . فينطبق عليه اسم المودع وهو تسليط الغير على حفظ ماله فتأمل (قوله معزيا للزيلعى) ذكره فى ضمان الأجير . وعلل الضمان بأن الحفظ واجب عليه مقصودا ببدل اهـ (قوله سواء أمكن التحرز عنه أم لا) وليس منه النسيان . كما لو قال وضعت عندى فنسيت وقت بل يكون مفرطا ، بخلاف ما إذا قال ضاعت ولا أدرى كيف ذهبت الوديعة من منزلى ولم يذهب من منزلى شىء فإن القول قوله مع يمينه ، ولا يضمن لأنه أمين اهـ حموى بتصرف ط .

لحديث الدارقطني « ليس على المستودع غير المغل ضمان » (واشتراط الضمان على الأمين) كالحمامي والخاني (باطل به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة .
(وللمودع حفظها بنفسه

قال مؤيد زاده : إذا قال ذهبت يقبل قوله مع يمينه واقعات (قوله لحديث الدارقطني) قال في المنح : وإنما كانت الوديعة أمانة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « ليس على المستعير غير المغلّ ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » والغلول والإغلال الخيانة ، إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام . وهذا الحديث مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اه ملخصا ، ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها ، ولو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح (قوله واشتراط الضمان الخ) ولو ضمن تسليمها صح أبو السعود (قوله كالحمامي) أي معلم الحمام الذي يأخذ الأجرة في مقابلة انتفاع الداخل بالحمام ، أما من جرى العرف بأنه يأخذ في مقابلة حفظه شيئا وهو المسمى بالناطور في زماننا وهو الذي سماه الشارح الثيابي فإنه يضمن لأنه وديعة بأجرة كما تقدم ، لكن الفتوى على عدمه ويأتي تمامه (قوله والخاني) أي فإنه لانفع له غير الحفظ فينبغي أن يكون من قبيل الحافظ بالأجر ، إلا أن يقال قد يقصد الخان لدفع الحر والبرد ومنع الدابة عن الهروب فلم يكن مستأجرا للحفظ تأمل (قوله باطل به يفتى) قال مؤيد زاده في أنواع الضمانات : استأجر رجلا لحفظ خان أو حوانيت فضاع منها شيء قيل يضمن عندهما لو ضاع من خارج الحجرة لأنه أجير مشترك ، وقيل لا في الصحيح : وبه يفتى . ولو ضاع من داخلها بأن نقب اللص فلا يضمن الحارس في الأصح وحارس السوق على هذا الخلاف ، واختار أبو جعفر أنه يضمن ما كان خارج السوق لا داخله جامع الفصولين .

وفي البزازية : نقب حانوت رجل وأخذ متاعه لايضمن حارس الحوانيت على ماعليه الفتوى : لأن الأمتعة محروسة بأبوابها وحيطانها والحارس يحرس الأبواب . وعلى قول أبي حنيفة لا يضمن مطلقا وإن كان المال في يده لأنه أجير اه .

وفي المنية : دفع الثوب إلى الحمامي ليحفظه فضاع لايضمن إجماعا لأنه مودع لأن محل الأجر بإزاء الانتفاع بالحمام إلا أن يشترط بإزاء الانتفاع به الحفظ فحينئذ على الخلاف . وإذا دفع إلى من يحفظ بأجر كالثيابي فعلى الاختلاف خلاصة وصدر الشريعة (قوله حفظها بنفسه) قال في المنح : وذلك بالحرز وباليد . أما الحرز فداره ومنزله وحانوته سواء كان ملكا أو إجارة أو عارية .

قال الرملي أقول : لا يخفى أن لفظ الحرز مشعر باشتراط كونه حصينا ، حتى لو لم يكن كذلك بحيث يعد الوضع فيه تضييعا يضمن ذلك كالدار التي ليس لها حيطان ولا لبيوتها أبواب . وقد سئلت عن خياطة في دار بهذه الصفة خرجت منها هي وزوجها ليلا لعرس جارتها فسرقت أثواب الناس منها فأفتيت بالضمان والحالة هذه لأن مثل ذلك يعد تضييعا تأمل اه .

وفي الأنقروي من الوديعة : سوقي قام من حانوته إلى الصلاة وفي حانوته ودائع فضاع شيء منها لا ضمان عليه لأنه غير مضيع لما في حانوته لأن جيرانه يحفظونه إلا أن يكون هذا إيداعا من الجيران فيقال ليس للمودع أن يودع ، لكن هذا مودع لم يضيع واقعات : في الوديعة : قوله ليس للمودع أن يودع الخ ذكر الصدر الشهيد ما يدل على الضمان فتأمل عند الفتوى فصولين من الثالث والثلاثين .

وعياله) كماله (وهم من يسكن معه حقيقة أوحكما لامن يمونه) فلو دفعها لولده المميز أو زوجته ولايسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن خلاصة، وكذا لو دفعتها لزوجها لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة ، وقيل يعتبران معا عيني (وشرط كونه) أى من فى عياله (أمينا) فلو علم خيانته

وفى البزازية : قام من حانوته إلى الصلاة وفيه ودائع الناس وضاعت لا ضمان ، وإن أجلس على بابه ابنا له صغيرا فضاع إن كان الصبي يعقل الحفظ ويحفظ لايضمن وإلا يضمن اهـ :

وقال قبيله : والحاصل أن العبرة للعرف ، حتى لو ترك الحانوت مفتوحا أو علق الشبكة على بابه ونام ، فى النهار ليس بتضييع ، وفى الليل إضاعة . وفى خوارزم لايعد إضاعة فى اليوم والليلة .

أقول : الذى يظهر فى مسألة الحانوتى عدم الضمان سواء أجلس صبيا أولا حيث جرى عرف أهل السوق لأنه غير مودع قصدا بل تركها فى حرزها مع ماله فقد حفظها بما يحفظ به ماله، ولهذا نقل فى جامع الفصولين بعد ما تقدم رامزا إلى فتاوى القاضي ظهير الدين أنه يبرأ على كل حال لأنه تركها فى الحرز فلم يضيع اهـ .

والحاصل أنه يجب حرز كل شيء فى حرز مثله ، بخلاف الحرز فى السرقة فإن كل ماكان حرز النوع فهو حرز لسائر الأنواع فيقطع بسرقة لؤلؤة من اصطبل ، أما هنا فإن حرز كل شيء بحسبه .

فى البزازية : لوقال وضعتها بين يدى وقمت ونسيتها فضاعت يضمن، ولو قال وضعتها بين يدى فى دار والمسألة بحالها إن مما لايحفظ فى عرصة الدار كصرة النقدين ضمن، ولو كانت مما يعد عرصتها حصنا له لايضمن اهـ وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى (قوله وعياله) بالكسر جمع عيل بفتح فتشديد وهو من يقوته ، لكن المراد هنا فى تفسير من فى عياله أن يسكن معه سواء كان فى نفقته أو لم يكن ، والعبرة فى هذا للمساكنة إلا فى حق الزوجة والولد الصغير والعبد، لكن يشترط فى الولد الصغير أن يقدر على الحفظ : فعلى هذا التفسير ينبغى أن لايضمن بالدفع إلى أجنبي يسكن معه ذكره حفيد السعد فى حواشى صدر الشريعة .

ويؤيده ما فى الولوالجية رجل أجر بيتا من داره إنسانا ودفع الوديعة إلى هذا المستأجر، إن كان لكل واحد منهما غلق على حدة يضمن لأنه ليس فى عياله ولا بمنزلة من فى عياله وإن لم يكن لكل منهما غلق على حدة وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة لايضمن لأنه بمنزلة من فى عياله اهـ :

وفى الخلاصة : مودع غاب عن بيته ودفع مفتاحه إلى غيره فلما رجع إلى بيته لم يجد الوديعة لايضمن ويدفع المفتاح إلى غيره وبدفع المفتاح إلى غيره لم يجعل البيت فى يد غيره اهـ ط (قوله أوحكما) تفسير لمن يسكن معه فى عياله (قوله فلو دفعها) تفريع على قوله أوحكما وتفسير له كما تشعر به عبارة المنح (قوله المميز) بشرط أن يكون قادرا على الحفظ بحر (قوله ولايسكن معها) لأنها فى الحكم كأنها فى مسكن زوجها (قوله خلاصة) قال فيها وفى النهاية : لو دفعها إلى ولده الصغير أو زوجته وهما فى محلة والزوج يسكن فى محلة أخرى لا يضمن ولو كان لايجيء إليهما ولا ينفق عليهما ، لكن يشترط فى الصغير أن يكون قادرا على الحفظ فإن الزوجة أى والولد الصغير وإن كانا فى مسكن آخر إلا أنهما فى الحكم كأنهما فى مسكن الزوج والأب اهـ :

قال الرملى : وقد زاد صاحب المجتبى العبد الذى لم يكن فى منزله وكل ذلك يرجع إلى قولهم يحفظها بمايحفظ به ماله فتنبه لذلك اهـ (قوله وقيل يعتبران معا) أقول : وعليه فيدخل عبده وأمته وأجيره الخاص كالمشاهرة، بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه دون الأجير بالمياومة وولده الكبير إن كان فى عياله كما ذكره بعضهم فتأمل (قوله عيني) نصه : وتعتبر المساكنة وحدها دون النفقة ، حتى أن المرأة لو دفعتها إلى زوجها لاتضمن وإن لم يكن الزوج فى عيالها ، لأن العبرة فى هذا الباب للمساكنة دون النفقة . وقيل تعتبر المساكنة مع النفقة اهـ :

ضمن خلاصة .

(و) جاز (لمن فى عياله الدفع لمن فى عياله ، ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من فى عياله فدفع إن وجد بدًّا منه) بأن كان له عيال غيره ابن ملك (ضمن وإلا لا وإن حفظها بغيرهم ضمن)

(قوله ضمن) أى بدفعها له، وكذا لو تركه فى بيته الذى فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن بحر عن الخلاصة.

قال ط : فلا يضمن فى صورتين : أما إذا علم أمانته وما إذا لم يعلم حاله أصلا (قوله الدفع لمن فى عياله) الضمير فى عياله الأخير يصح أن يرجع للعيال الأول وبه صرح الشرنبلالى ، ويصح أن يرجع للمودع وبه صرح المقدسى . وفيه لا يشترط فى الأبوين كونهما فى عياله ، وبه يفتى . ولو أودع غير عياله وأجاز المالك خرج من البين ، ولو وضع فى حرز غيره بلا استئجار يضمن لأن الوضع فى الحرز وضع فى يد من فى يده الحرز فيكون كالتسليم إليه زيلعى أى فيكون وديعة وليس للمودع أن يودع رملى .

وفى سكوتهم عن الدفع لعيال المودع بكسر الدال إشارة إلى أنه لا يملكه . ونقل العلامة أبو السعود اختلافا فقال والرد إلى عيال المالك كالرد إلى المالك فلا يكون إيداعا ، بخلاف الغاصب إذا رد إلى من فى عيال المالك فإنه لا يبرأ .

وفى الخلاصة : إذا رد الوديعة إلى منزل المودع أو إلى من فى عياله فضاعت لا يضمن . وفى رواية القدورى يضمن ، بخلاف العارية .

قال فى البحر : والفتوى على الأول ، وهذا إذا دفع إلى المرأة للحفظ . أما إذا أخذت لتنفق على نفسها وهو دفع يضمن اه فعلى ما ذكر إذا كان ابنها فى عيالها ولم يكن متهما يلزمها اليمين أنها دفعتها لابنها المذكور ويسئل المدفوع إليه ماذا صنع ويجعل كأنه نفس المودع ، ويجرى الحكم الشرعى فيه ، لما فى فتاوى مؤيد زاده وصور المسائل عن الفصولين : أتلفها من فى عيال المودع ضمن المتلف صغيرا أو كبيرا لا المودع اه .

المودع إذا قال دفعت الوديعة إلى ابنى وأنكر الابن ثم مات الابن فورث الأب مال ابنه كان ضمان الوديعة فى تركة الابن خانية .

وفى فتاوى قاضيخان : عشرة أشياء إذا ملكها إنسان ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده : المرتهن لا يملك أن يرهن ، والمودع لا يملك الإيداع ، والوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره ، ومستأجر الدابة أو الثوب لا يؤجر غيره ، والمستعير لا يعير ما يختلف بالمستعمل ، والمزارع لا يدفع الأرض مزارعة إلى غيره والمضارب لا يضارب والمستبضع لا يملك الإبضاع ، والمودع لا يملك الإيداع اه ولم يذكر العاشر فى البحر ، وذكره الخير الرملى فقال : العاشر المساقى لا يساقى غيره بغير إذن كما فى السراجية وشرح الوهبانية اه .

وفى الخلاصة والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، وإن فعل شيئا منها ضمن ، والمستأجر يؤجر ويعار ويودع ولم يذكر حكم الرهن ، وينبغى أن لا يرهن كما هو الصحيح من عبارة الخلاصة ، ويأتى بيانها فى العارية موضحا .

وفى التجريد : وليس للمرتهن أن يتصرف بشئ فى الرهن غير الإمساك ، لا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يلبس ولا يستخدم ، فإن فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن انتهى (قوله بأن كان له عيال غيره) أى غير البعض الذى نهاه عنه ضمن بدفعه إلى المنهى عنه، وإن لم يكن له إلا ذلك البعض لا يضمن بدفعه إليه (قوله وإلا لا) يعنى مع كون المدفوع إليه أمينا لأنه شرط جواز الدفع كما مر (قوله وإن حفظها بغيرهم ضمن) أى لأن

وعن محمد : إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه مفاوضة وعنانا جاز ، وعليه الفتوى ابن ملك ؛ واعتمده ابن الكمال وغيره ، وأقره المصنف (إلا إذا خاف الحرق أو الغرق وكان غالبا محيطا) فلو غير محيط ضمن (فسلمها إلى جاره أو) إلى (فلك آخر)

صاحبها لم يرض بيد غيره والأيدى تختلف بالأمانة، ولأن الشيء لايتضمن مثله كالمضارب لايضارب أبوالسعود . قال الرملي : إنما يضمن إذا كان بغير إذن صاحبها اه .

[فرع] لو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلى فدفعها إلى أمين فضاعت ، قيل يضمن ، وقيل لا يضمن تاترخانية .

[فرع آخر] حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارتها فهلكت عند الجارة . قال البلخي : إن لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون في عيالها لاتضمن ، كما لو وقع الحريق في مال المودع له دفعها لأجنبي خانية (قوله وعن محمد) رحمه الله تعالى أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق في ماله وليس في عياله لايضمن لأنه حفظه مثل مايحفظ ماله وجعله مثله فلا يجب عليه أكثر من ذلك ذكره في النهاية . ثم قال : وعليه الفتوى ، وعزاه إلى التمرتاشي ، وهو إلى الحلواني . ثم قال : وعلى هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة العيال ، فقال : ويلزم المودع حفظه إذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله ، وذكر فيه أشياء ، حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذي في يده ماله ، وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة اه ، وسيأتي ذكره ط (قوله كوكيله) أتى بالكاف لأن أمينه كذلك وإن لم يكن في عياله ، وعليه الفتوى كما علمت ، وبه صرح في الذخيرة .

وفي التاترخانية : ولو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلى فدفعها إلى أمين فضاعت ، قيل يضمن ، وقيل لايضمن (قوله واعتمده ابن الكمال) حيث قال وله حفظها بنفسه وأمينه ، لم يقل وعياله لأن الدفع إلى العيال إنما يجوز بشرط الأمانة ، وعند تحققه لاحاجة إلى كونه عيالا .

قال في الذخيرة : لودفعها إلى أمين من أمنائه ليس في عياله يجوز وعليه الفتوى اه (قوله وأقره المصنف) ونقله في البحر وقال قبله : وظاهر المتون أن كون الغير في عياله شرط ، واختاره في الخلاصة وقال : والأبوان كالأجنبي حتى يشترط كونهما في عياله ، لكن قد علمت ماقدمناه قريبا عن المقدسي من أن المفتى به عدم اشتراط كونهما في عياله فلا تنسه (قوله إلا إذا خاف الحرق أو الغرق) الحرق بالسكون من النار ، وبالتحريك من دق القصار ، وقد روى فيه السكون مغرب . وفي المصباح : الحرق بفتحتين اسم من إحراق النار اه ، وللغرق : بفتحتين مصدر غرق في الماء فهو غريق مبكى ، ومثل خوف الغرق والحرق خوف اللصوص .

وفي الخلاصة : فإن دفع لضرورة بأن احترق بيت المودع فدفعها إلى جاره ، وكذا فيما يشبه هذا اه إتقاني أي فإنه لايضمن ط (قوله وكان غالبا محيطا) لاحاجة إليه لأن فرض المسألة أنه خاف الحرق أو الغرق وهو إنما يكون عند كونه غالبا محيط إلا أن يراد الغالب الكثير ، وحينئذ فلا منافاة ، والمراد أن ذلك في بيت المودع .

قال الحموي : لابد أن يكون غالبا محيط بمنزلة المودع . وفي القهستاني إلا إذا خاف الحرق أي حرقا يحيط بجميع محلها انتهى (قوله فلو غير محيط ضمن) إذ الخوف منتف عند عدم الغلبة والإحاطة فتأمل قاله الرملي . قال في الخلاصة : أما إذا لم يكن محيطا يضمن بالدفع إلى الأجنبي اه (قوله فسلمها إلى جاره) الظاهر من

إلا إذا أمكنه دفعها لمن فى عياله أو ألقاها فوقعت فى البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن زيلعى (فإن ادعاه) أى الدفع لجاره أو فلك آخر (صدق إن علم وقوعه) أى الحرق (ببينة) أى بدار المودع (وإلا) يعلم وقوع الحرق فى داره (لا) يصدق (إلا ببينة)

أساليب الكلام أنه لايجب أن يسلمها إلى جاره ، حتى او تركها فى داره فحرقت لايضمن وليحرر ، أفاده سرى الدين عن المجتبى ، لكن فى الهندية عن التمرتاشى أنه يضمن ط .

وفى التاترخانية عن التتمة : وسئل حميد الوبرى عن مودع احترق بيته ولم ينقل الوديعة إلى مكان آخر إن مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اه ومثله فى الحاوى ونجامع الفتاوى . ومثله مالو تركها حتى أكلها العث خلافا لما يأتى فى النظم . قال فى الحاوى : ويعرف من هذا كثير من الواقعات .

وفى نور العين : ذكر محمد فى حريق وقع فى دار المودع فدفعها إلى أجنبى لم يضمن ، فلو خرج من ذلك ولم يستردها ضمن ، كما لو دفعها إلى امرأته ثم طلقها ومضت عدتها ، فلو لم يستردها ضمن إذ يجب عليه الاسترداد ، ولأن الإيداع عقد غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء . وقال قاضيخان : لايضمن ، إذ المودع إنما ضمن بالدفع وحين دفع كان غير مضمون عليه فلا يضمن عليه .

يقول الحقير : هذا الدليل عليل إذ للبقاء حكم الابتداء ، فلو دفع الوديعة إلى أجنبى ابتداء ضمن ، فكذا إذا لم يستردها فى كلتا المسألتين خصوصا فى مسألة الحريق ، فإن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ، فبعد زوال الحريق ارتفعت الضرورة فلم يستردها من الأجنبى فكأنه أودعها إياه ابتداء ، فالصواب أن يضمن فى كلتا المسألتين كما ذكره صاحب المحيط ، والله تعالى أعلم .

وفى عدة الفتاوى : لايضمن بدفعها إلى جاره لضرورة كحريق . قال أبو جعفر فى فتاويه : هذا او لم يجد بدا من الدفع إلى أجنبى ، أما لو أمكنه الدفع إلى من فى عياله ضمن بدفعها إلى أجنبى . قال الإمام خواهر زاده : هذا لو أحاط الحريق بالمنزل وإلا ضمن بدفعها إلى أجنبى اه .

وفى العتابية : لايشترط هذا الشرط فى الفتوى تاترخانية فى الفصل الثانى من الوديعة (قوله إلا إذا أمكنه الخ) أى وقت الحرق والغرق (قوله أو ألقاها) أى أو ألقى الوديعة فى السفينة فوقعت فى البحر يضمن لأنها قد تلفت بفعله وإن كان ذلك بالتدحرج لأنه منسوب إليه فهو كفعله . والظاهر أن قيد فى السفينة ساقط من النساخ لوجوده فى الأصول .

قال الزيلعى : هذا إذا لم يمكنه أن يدفعها إلى من هو فى عياله ، وإن أمكنه أن يحفظها فى ذلك الوقت بعياله فدفعها إلى الأجنبى يضمن لأنه لاضرورة فيه ، وكذا لو ألقاها فى سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت فى البحر ابتداء بالتدحرج يضمن لأن الإتلاف حصل بفعله اه (قوله صدق) أى بيمينه كما هو الظاهر أبو السعود (قوله أى بدار المودع) كأن هذا من قبيل الاحتباك وأصلها أى الحرق أو الغرق ، وقوله بدار المودع راجع إلى الحرق وحذف من الثانى أو سفينته الراجع إلى الغرق لدلالة كل مذكور على ماحذف بإزائه وهذا على مانحاه الشارح فى شرحه ، وأما على مابينا من أصل عبارة الزيلعى فالأمر ظاهر ، وأما جوهر المتن على أنه يصدق إن علم دفعه لها عند خوف الحرق أو الغرق بالبينة وهو الذى ذكره الشارح بعد قوله وإلا يعلم الخ .

وحاصله أن صاحب المتن ذكر أنه لايصدق مدعى الدفع للحرق أو الغرق إلا ببينة ، والشارح صرف

فحصل بين كلامي الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق .

(ولو منعه الوديعة ظلما بعد طلبه) لرد وديعته فاوحملها إليه لم يضمن ابن ملك (بنفسه) ولوحكما كوكيله بخلاف رسوله

كلامه وقال إن علم ذلك بالبينة على وقوعه فى داره وفلكه أغنى عن البينة عن الدفع للخوف على نفس الوديعة ، وإن لم تقم البينة على وقوع الحرق والغرق فى داره وفلكه فلا بد من البينة على الدفع لخوف ذلك على نفس الوديعة ، ثم إن الغرق كما يخشى منه على نفس السفينة قد يخشى منه على نفس الدار إذا كانت البيوت متصلة بطرف البحر أو النهر أو مجرى السيل ،° ومثل خوف الحرق والغرق لو خاف فسادها بخرير أسقفه من كثرة الأمطار وعند وقوع النهب فى داره ودفعها إلى جاره عند توهم سلامتها عنده (قوله فحصل بين كلامى الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق) وقد ذكر أيضا صاحب الذخيرة عن المنتقى :

قال المصنف : فإن ادعاه أى ادعى المودع التسليم إلى جاره أو إلى فلك آخر صدق إن علم وقوعه ببينة أى بينة المودع وإلا لا : أى وإن لم يعلم لايصدق . وفى الهداية وشرح الكنز للزيلعى أنه لايصدق على ذلك إلا ببينة ، لأن تسليم الوديعة إلى غيره يوجب الضمان ، ودعوى الضرورة دعوى مسقط فلا تقبل إلا ببينة ، كما إذا أتلفها فى الصرف فى حاجته بإذن صاحبها .

وفى الخلاصة : أنه إذا علم أنه وقع الحريق فى بيته قبل قوله وإلا فلا . ويمكن حمل كلام الهداية على ما إذا لم يعلم وقوع الحريق فى بيته وبه يحصل التوفيق ، والذى أحوجه إلى ذلك حمل كلام صاحب الهداية والزيلعى قولها لايصدق على ذلك : أى على تسليم الوديعة ، ولو حمل لايصدق على ذلك : أى على وقوع الحرق أو الغرق بدليل قولها ودعوى الضرورة الخ فإن الضرورة إنما هى فى الحرق والغرق لا فى التسليم لاتحدت مع عبارة الخلاصة تأمل (قوله فلو حملها إليه لم يضمن) لأن مؤنة الرد على المالك حموى وإنما الضمان بمنع التخلية بينه وبين الوديعة بعد الطلب ، أما لو كلفه حملها وردها إليه فامتنع عن ذلك لم يضمن لأنه لايلزمه سوى التخلية فلو كان طلب المودع بكسر الدال بحملها إليه فامتنع المودع من ذلك لم يضمن هكذا صريح عبارة ابن ملك المنقول عنه ، وأما ماوقع فى نسخة الشيخ أبى الطيب فإنه تحريف . والنسخة التى كتب عليها فلو حملها إليه : أى لو حمل المودع الوديعة إلى ربها يعنى لو طلب استردادها من المودع فحملها إليه لم يضمن لأن حملها إليه يخرجه عن المنع :

وفى القهستانى : لو استردها فقال لم أقدر أحضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لأنه بالترك صار مودعا ابتداء اهـ وعزاه إلى المحيط .

وفى البحر : إن تركها عن رضا وذهب لايضمن ، وإن كان من غير رضا يضمن كذا فى الخلاصة . ولو قال له بعد طلبه اطلبها ثم ادعى ضياعها : فإن قال ضاعت بعد الإقرار فلا ضمان وإلا ضمن (قوله ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله) سوّى فى التجنيس بين الوكيل والرسول وقال إذا منعها عنهما لايضمن : وفى العمادية ذكر الضمان فى المنع من الرسول فالمسألة ذات خلاف فيهما ، واقتصار المصنف على ماذكره يدل على اعتماده ، وقد نقله القهستانى عن المضمرات .

وفى الخلاصة : المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع لايمكننى أن أحضر الساعة فتركها وذهب ، إن تركها عن رضا فهلكت لايضمن ، لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة ، وإن كان عن غير رضا يضمن ، ولو كان الذى يطلب الوديعة وكيل المالك يضمن لأنه ليس إنشاء للوديعة بخلاف المالك انتهى ، وهذا صريح فى أنه يضمن

. . . .

بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لايخفى ، وهو خلاف ماتقدم فى كتاب الوكالة فى باب الوكالة بالخصومة .

ونصه : قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه على المشهور الخ . وكتب سيدى الوالد رحمه الله تعالى أن مقابل المشهور ماعن أبى يوسف ، ومحمد أنه يؤمر بالدفع ، فلعل ماهنا على هذه الرواية .

وفى مجموعة مؤيد زاده : ولو قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بتسليم الوديعة إليه لأنه مأمور بالحفظ فقط ثم قال قد جاء رسولك فدفعتها إليه وكذبه المالك ضمنها ، ولا يرجع بما ضمن على الرسول إن صدقه فى كونه رسوله ولم يشترط عليه الرجوع ، وإن كذبه ودفع إليه أو لم يصدقه ولم يكذبه يرجع على الرسول ، وكذلك إن صدقه وشرط عليه الرجوع كما فى الوجيز . ثم قال : ولو دفعها إلى رسول المودع فأنكر المودع الرسالة ضمن اه .

وفى فصول العمادى معزيا إلى الظهيرية : ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال لا أدفع إلا للذى جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلك ضمن . وذكر فى فتاوى القاضى ظهير الدين هذه المسألة وأجاب عنها نجم الدين أنه يضمن ، وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة فإنه قال فى الوكالة لايؤمر بدفع الوديعة إليه ، ولكن لقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل ولا كذلك الوكيل ، ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لايصح ، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح كذا فى فتاواه اه منح .

قال محشيها الرملى فى حاشية البحر : ظاهر مافى الفصول أنه لايضمن فى مسألة الوكيل كما هو منقول عن التجنيس ، فهو مخالف للخلاصة كما هو ظاهر ، ويتراءى لى التوفيق بين القولين بأن يحمل مافى الخلاصة على ما إذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له فى وقت آخر . وما فى فتاوى القاضى ظهير الدين والتجنيس على ما إذا منع ليؤدى إلى المودع بنفسه ، ولذلك قال فى جوابه لا أدفع إلا للذى جاء بها . وفى الخلاصة ماهو صريح فى أن الوكيل لو تركها وذهب عن رضا بعد قول المودع لايمكننى أن أحضرها الساعة أى وأدفعها لك فى غير هذه الساعة ، فإذا فارقه فقد أنشأ الإيداع ليس له ذلك بخلاف قوله لا أدفعها إلا للذى جاء بها فإنه استبقاء للإيداع الأول لا إنشاء إيداع فتأمل ، ولم أر من تعرض لهذا التوفيق ، والله تعالى هو الموفق انتهى .

فالحاصل أنه إذا منعها عن الرسول لايضمن على ظاهر الرواية كما نقله عن البحر عن الخلاصة . وأما إذا منعها عن الوكيل ففيه اختلاف . فنى الخلاصة والقاعدية والوجيز والتاترخانية والحاوى الزاهدى والمضمرات أنه يضمن ، واختاره المصنف فى منحه ، وتبعه الشارح هنا .

وفى شرحه على الملتقى : فتعين المصير إلى ماعليه الأكثر خصوصا والمضمرات شرح القدورى والشروح مقدمة ففى مسألتنا منع المودع الوديعة من الوكيل ظلما ولم يقل له لم أدفعها إلا إلى الذى جاء بها حتى يكون استبقاء للإيداع الأول ، لأن قول الشارح كوكيله يقتضى المنع ظلما ، وبه يظهر أن ماذكره فى الفصول العمادية من الفرق المتقدم بين الوكيل والرسول مبنى على خلاف ظاهر الرواية كما نبه عليه فى نور العين .

ثم اعلم أن كلام التاترخانية يفيد تفصيلا فى مسألة الوكيل ، وذلك أن المودع إنما يضمن بالمنع عن الوكيل

ولو بعلامة منه على الظاهر (قادرا على تسليمها ضمن وإلا)

إذا كان توكيله ثابتا بالمعاينة أو بالبينة ، أما إذا كان بتصديق المودع فإنه لا يضمن ، وكذا لو كذبه بالأولى ، وانظر هل يجرى على هذا التفصيل فى مسألة الرسول أيضا ، ومقتضى ما نذكره فى المقولة الآتية عن الخانية من قوله فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقه المودع حتى هلكت الوديعة لا ضمان أنه لو صدقه يضمن فيخالف مسألة الوكيل ، إلا أن يقال إن قوله فلم يصدقه ليس قيدا احترازيا فلا مفهوم له ، وهذا إن حمل على أنه رسول ، وكذا إن حمل على أنه وكيل يخالف ما ذكرنا من التفصيل . ثم قال فى البحر وينبغى أن يكون محل هذا التفصيل أى فى أصل المسألة فيما إذا ترك عن رضا وذهب لا يضمن ، وفيما إذا كان عن غير رضا يضمن ما إذا كان المودع يمكنه وكان كاذبا فى قوله . أما إذا كان صادقا فلا يضمن مطلقا لما قلنا انتهى :

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : فيه نظر ؛ لما فى التجنيس أنه لو طلبها بوكيله أو رسوله فحبسها لا يضمن فتأمل ، وانظر إلى ما ذكره بعيده من قوله ولو بعلامة منه يحتج بأنه إنما منعه ليوصلها إلى الأصيل بنفسه لتكذيبه إياه ، وفرع الخلاصة فيه المنع للعجز عن التسليم والترك والذهاب عن رضا إلى وقت آخر ، وفيه إنشاء إيداع بخلاف الأول ، حتى لو كذبه فى الفرع الذى تفقه فيه مع ذلك ، والمسألة بحالها لا يضمن فتأمل (قوله ولو بعلامة منه) لإمكان إتيان غير الرسول بهذه العلامة إلا أن يبرهن أنها له كما فى الخلاصة وغيرها .

قال فى الخانية : رجل أودع عند إنسان وديعة وقال فى السر من أخبرك بعلامة كذا وكذا فادفع إليه الوديعة فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقه المودع حتى هلكت الوديعة قال أبو القاسم لا ضمان على المودع اهـ .

وفى حاشية جامع الفصولين للخير الرملى ، وهل يصح هذا التوكيل ولا يضمن المودع بالدفع أم لا يصح لكون الوكيل مجهولا ويضمن بالدفع ؟ قال الزاهدى فى حاويه رامزا : فيه تفصيل ، لو كانا عند ذلك الاتفاق بمكان لا يمكن لأحد من الناس استماع كلامهما فالدفع لمن جاء إليه بتلك العلامة ، وأما استماعه ذلك من أجنبى فنادر ، وإن كانا عند ذلك بمكان فيه أحد من الناس ممن يفهم اتفاقهما على ذلك أو بمكان يمكن فيه لأحد استماع اتفاقهما على ذلك خفية وهما لا يريانه فالوكالة باطلة والدفع مضمن اهـ ، هذا ما نقله الرملى .

قلت : كثيرا ما يقع أن المالك بعد اتفاقه مع المودع على ذلك يبعث رجلا بتلك العلامة فيسمعه آخر فيسبق الأول ويخبر المودع بتلك العلامة .

وقد يقال إن هذا لا ينافى صحة التوكيل بعد وجود شرطه المتقدم عند اتفاق المالك مع المودع : والظاهر أن المالك إذا قال لم أذكر العلامة لهذا الرجل الذى جاء وإنما ذكرتها لغيره أن يكون القول له لأنه منكر فيضمن المودع ، فتأمل والله تعالى أعلم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله على الظاهر) أى ظاهر المذهب ، وهو راجع إلى الوكيل والرسول ، وقال الثانى يضمن كما فى الهندية ، وقد اختلفت الفتاوى فى هذا ، وقد علمت المعتمد (قوله ضمن) إن ضاعت لوجود التعدى بمنعه لأنه صار غاصبا وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه داماد .

قال فى البحر : ولو قال له بعد طلبه اطلبها غدا ثم ادعى ضياعها ، فإن قال ضاعت بعد الإقرار لا ضمان وإلا ضمن انتهى . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قوله بعد الإقرار : أى الإقرار ضمنا فى قوله اطلبها غدا ، وقوله بعد الإقرار ظرف لضاعت لا لقال .

وفى جامع الفصولين : طلبها ربها فقال اطلبها غدا فقال فى الغد تلفت ، فلو قال تلفت قبل قولى اطلبها غدا ضمن لا لو قال بعده للتناقض فى الأول لا الثانى .

بأن كان عاجزا أو خاف على نفسه أو ماله بأن كان مدفونا معها ابن ملك (لا) يضمن كطالب الظالم (فلو كانت الوديعة سيفا أراده صاحبه أن يأخذ ليضرب به رجلا ظلما فله المنع من الدفع) إلى أن يعلم به ترك الرأى الأول وأنه ينتفع به على وجه مباح جواهر (كما لو أودعت) امرأة (كتابا فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج خانية (ومنه) أى من المنع ظلما (موته) أى موت المودع (مجهلا فإنه يضمن) فتصير دينا فى تركته

قال ربها : ادفعها إلى قنى هذا فطلبها فأبى أو قال غدا يضمن اه أى لأنه كأنه وكل قنه بحضرة المودع والوكيل لا يملك ابتداء الإيداع فى قوله غدا انتهى ، والمسألة فى الخانية أيضا (قوله بأن كان عاجزا) أى عجزا حسيا كأن لا يستطيع الوصول إلى محل الوديعة أو معنويا ، وهو ما أشار إليه بقوله أو خاف على نفسه : أى من ظالم أن يقتله أو دائن أن يحبسه وهو غير قادر على الوفاء أو كانت امرأة وخافت من فاسق أو خاف على ماله بأن كان مدفونا معهما فإذا ظهر اغتصبه منه غاصب فامتنع عن التسليم لذلك لا يضمن لأنه لم يكن ظالما (قوله أو خاف على نفسه أو ماله) فى المحيط : لو طلبها أيام الفتنة فقال لم أقدر عليها هذه الساعة لبعدها أو لضيق الوقت فأغاروا على تلك الناحية فقال أغير عليها لم يضمن والقول له اه (قوله كطالب الظالم) أى وديعته ليظلم بها فإنه بمنعها لا يكون ظالما ، حتى لو ضاعت لا يكون ضامنا كمنعه منه وديعة عبده فإنه به لا يكون ظالما ؛ لأن المولى ليس له قبض وديعة عبده مأذونا كان أو محجورا مالم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أنه مال الغير فإذا ظهر أنه للعبد بالبينة فحينئذ يأخذه خلاصة ط . وإنما كان المراد بالظالم هنا المالك لأن الكلام فى طلبه هو فما بعده مفرع عليه ، أعنى قوله فلو كانت الوديعة سيفا الخ ، يدل عليه قول المصنف فى المنح لما فيه من الإعانة على الظلم (قوله فلو كانت) تفريع على عدم الضمان بالمنع عند طلب الظالم .

وحاصله أنه لا يضمن بطلب صاحب الوديعة حيث كان ظالما بأن كانت الوديعة سيفا فطلبه ليقتل به رجلا مظلوما بغير حق ولو معاهدا أو امرأة أو صبيا ، فلو منعه لا يضمن لكون الطالب ظالما ومثل السيف كل مؤذ فيما يظهر (قوله ليضرب به رجلا) أى مظلوما ولو معاهدا أو امرأة أو صبيا ط (قوله إلى أن يعلم الخ) فلو شك فيما ذكر لا يعد بمنعه ظالما فلا يضمن بهلاكه كذا يفاد من مفهومه ط (قوله كما لو أودعت) أتى بالكاف ليفيد أنه مثال غير مخصص ، فمثله كل ما كان فى معناه فيما يظهر .

قال فى الأشباه : لا يجوز للمودع المنع بعد الطلب إلا فى مسائل : لو كان سيفا ليضرب به ظلما ، ولو كان كتابا فيه إقرار بمال الغير أو قبض اه (قوله أى موت المودع) بفتح الدال مجهلا ، أما بتجهيل المالك فلا ضمان ، والقول للمودع بيمينه بلا شبهة . قال الحانوتى : وهل من ذلك الزائد فى الرهن على قدر الدين اه .

أقول : الظاهر أنه منه لقولهم : ما تضمن به الوديعة يضمن به الرهن ، فإذا مات مجهلا يضمن ما زاد ، وقد أفتيت به رملى ملخصا قال ط : من الوديعة الزائد من الرهن على مقدار الدين فيضمن بالموت عن تجهيل وتكون الوديعة ونحوها كدين الصحة فيحاصص ربها الغرماء لأن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ، ولأنه لما مات ولم يبين صار بالتجهيل مستهلكا لها اه .

قال فى مجمع الفتاوى : المودع أو المضارب أو المستعير أو المستبضع وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون دين عليه فى تركته ، لأنه صار مستهلكا الوديعة بالتجهيل ؛ ومعنى موته مجهلا أن لا يبين حال الأمانة كما فى الأشباه .

إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان .

ولو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب ، إن فسرها وقال هي كذا وأنا علمتها وهلكت

وقد سئل الشيخ عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندى ورقة فى الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها فمات ولم توجد . فأجاب بأنه من التجهيل لقوله فى البدائع هو أن يموت قبل البيان ولم يعرف الأمانة بعينها اهـ . قال الحموى : وفيه تأمل . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : ولينظر ما وجه التأمل .

وفى نور العين : لو مات المودع مجهلا ضمن ، يعنى لو مات ولم يبين حال الوديعة ، أما إذا عرفها الوارث والمودع يعلم أنه يعرف فمات لم يضمن ؛ فلو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب ، لو فسرها بأن كانت كذا وكذا وقد هلكت صدق لكونها عنده .

وفى الذخيرة قال ربها : مات المودع مجهلا وقالت ورثته كانت قائمة يوم موت المودع ومعروفة ثم هلكت بعد موته صدق ربها هو الصحيح ، إذ الوديعة صارت دينا فى التركة فى الظاهر فلا يصدق الورثة ، ولو قال ورثته : ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لا يصدقون بلا بينة لموته مجهلا فيقرر الضمان فى التركة ، ولو برهنوا أن المودع قال فى حياته رددتها يقبل إذ الثابت ببينة كالثابت بعيان اهـ (قوله إلا إذا علم) بالبناء للفاعل وضميره للمودع بالفتح الذى مات مجهلا ، وإذا قال الوارث ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لم يصدق بلا بينة ، ولو برهن أن المودع قال فى حياته رددتها يقبل .

قال الحموى فى شرحه : وقيد فى الخلاصة ضمان المودع بموته مجهلا بأن لا يعرفها الوارث ، أما إذا عرفها والمودع يعلم أنه يعرف فمات ولم يبين لا يضمن اهـ وذلك بأن سئل عنها فقال عند فلان علمها .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه فى جواب سؤال والذى تحرر من كلامهم أن المودع إن أوصى بالوديعة فى مرض موته ثم مات ولم توجد فلا ضمان فى تركته ، وإن لم يوص فلا يخلو إما أن يعرفها الورثة أولا ، فإن عرفوها وصدقهم صاحبها على المعرفة ولم توجد لا ضمان فى التركة ؛ وإن لم يعرفوها وقت موته فلا يخلو ، إما أن تكون موجودة أولا ، فإن كانت موجودة وثبت أنها وديعة إما ببينة أو إقرار الورثة أخذها صاحبها ولا يتوهم أنه فى هذه الحالة مات مجهلا فصارت دينا فيشارك أصحاب الديون صاحبها لأن هذا عند عدم وجودها ، أما عند قيامها فلا شك أن صاحبها أحق بها ، فإن لم توجد فحينئذ هى دين فى التركة وصاحبها كسائر غرماء الصحة ، وإن وجد بعضها وفقد بعضها ، فإن كان مات مجهلا أخذ صاحبها الموجود ورجع بالمفقود فى التركة وإلا أخذ الموجود فقط ؛ وإن مات وصارت دينا ، فإن كانت من ذوات الأمثال وجب مثلها وإلا فقيمتها ، فعليك بحفظ هذا التحرير ، والله سبحانه وتعالى أعلم نقل من فتاوى التمرتاشى .

وأجاب قارىء الهداية عن سؤال بقوله : إذا أقام المودع بينة على الإيداع وقدمات المودع مجهلا للوديعة ولم يذكرها فى وصيته ولا ذكر حالها لورثته فضمانها فى تركته ، فإن أقام بينة على قيمتها أخذت من تركته ، وإن لم تكن له بينة على قيمتها فالقول فيها قول الورثة مع يمينهم ؛ ولا يقبل قول الورثة إن مورثهم ردها لأنه لزمهم ضمانها فلا يبرءون بمجرد قولهم من غير بينة شرعية على أن مورثهم ردها اهـ .

وقال فى جواب آخر : ادعوا أن مورثهم ادعى قبل موته أنه رده إلى مالكه أو أنه تلف منه وأقاموا بينة على أنه قال ذلك فى حياته تقبل بينتهم ؛ وكذلك إذا أقاموا بينة أنه حين موته كان المال المذكور قائما وأن مورثهم قال هذا المال لفلان عندى وديعة أو قرض أو قبضته لفلان بطريق الوكالة أو الرسالة لأدفعه إليه فادفعوه إليه ولكنه ضاع بعد ذلك من عندنا لا ضمان عليهم ولا فى تركته اهـ .

صدق هذا وما لو كانت عنده سواء إلا فى مسألة، وهى أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لايضمن والمودع إذا دل ضمن خلاصة إلا إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما فى سائر الأمانات) فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض (إلا فى) عشر على ما فى الأشباه منها (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلا)

أقول: وفى قوله أو قرض نظر، إن حمل على أن الميت استقرضه منه لأنه دخل فى ملكه وصار مطالبا ببدله وإذا هلك يهلك عليه بعد قبضه إلا أن يحمل على أن المالك كان استقرضه ووضعه عند الميت أمانة فليتأمل هذا.

وفى حاشية الأشباه للبيرى عن منية المفتى ما نصه: وارث المودع بعد موته إذا قال ضاعت فى يد مورثى، فإن كان هذا فى عياله حين كان مودعا يصدق وإن لم يكن فى عياله لا اهـ (قوله صدق) يعنى لو ادعى الطالب التجهيل بأن قال مات المودع مجهلا وادعى الوارث أنها كانت قائمة يوم مات وكانت معروفة ثم هلكت بعد موته فالقول للطالب فى الصحيح إذ الوديعة صارت دينا فى التركة فى الظاهر فلا يصدق الوارث كما فى جامع الفصولين والبزازية كما علمت (قوله وما لو كانت عنده) أى عند المورث؛ يعنى أن الوارث كالمودع فيقبل قوله فى الهلاك إذا فسرها فهو مثله إلا أنه خالفه فى مسألة وهى قوله الآتى إلا فى مسألة وهى الخ (قوله إلا إذا منعه) أى المودع السارق، يعنى أن المودع بعد مادل السارق على الوديعة فجاء السارق ليأخذها فمنعه فأخذها السارق قهرا لايضمن. قال فى الخلاصة: المودع إنما يضمن إذا دل السارق على الوديعة إذا لم يمنعه من الأخذ حال الأخذ، فإن منعه لم يضمن اهـ (قوله إلا إذا منعه) أى المودع السارق فأخذ كرها فصولين، وهو استثناء من قوله والمودع إذا دل ضمن (قوله كما فى سائر الأمانات) ومنها الرهن إذا مات المرتهن مجهلا يضمن قيمة الرهن فى تركته كما فى الأنقروى، والمراد بالضمان أى الزائد كما قدمناه عن الرملى؛ وكذا الوكيل إذا مات مجهلا كما يؤخذ مما هنا، وبه أفتى الحامدى بعد الخيرى.

وفى إجارة البزازية: المستأجر يضمن إذا مات مجهلا ما قبضه اهـ سائحانى. ومنها المأمور بالدفع إذا مات مجهلا كما فى التنقيح لسيدى الوالد رحمه الله تعالى. وفيه الأب إذا مات مجهلا يضمن لكن صحح عدم ضمانه إذا الأب ليس أدنى حالا من الوصى بل هو أو فى حالا من الوصى حيث لا يضمن إلا إذا كان الأب ممن يأكل مهور البنات كالفلاحين والأعراب فالقول بتضمينه إذا مات مجهلا ظاهر لأنه غاصب من أول الأمر، لأنه إنما قبض المهر لنفسه لا لبنته فليكن التعويل على هذا التفصيل ومثله الجد كما مر اهـ ملخصا (قوله فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل) ويكون أسوة الغرماء بيرى على الأشباه (قوله ومفاوض) عطف خاص وكرته أنقروى وتقدم عنه (قوله إلا فى عشر على مافى الأشباه) وعلى ما فى الشرنبلالى على الوهبانية تسعة عشر كما تقف عليه. وفيه شبه اعتراض على المصنف حيث اقتصر فى الاستثناء على ثلاثة والسبعة الباقية ذكرها فى الأشباه صارت عشرة.

وعبارة الأشباه: الوصى إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما فى جامع الفصولين والأب إذا مات مجهلا مال ابنه، والوارث إذا مات مجهلا ما أودع عند مورثه، وإذا مات مجهلا لما ألقته الريح فى بيته أو لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه، وإذا مات الصبى مجهلا لما أودع عنده محجورا اهـ ملخصا، وقدمنا قريبا ذكر الأب والجد فلا تنسه، ومن السبعة الباقية أحد المتفاوضين، ويأتى للشارح اعتماد الضمان، ونذكر تمامه إن شاء الله تعالى (قوله ناظر أودع غلات الوقف) عبارة الدرر قبض وهى أولى تأمل. والذى فى الأشباه: الناظر إذا مات مجهلا غلات الوقف، ثم كلام المصنف عام فى غلات المسجد وغلات المستحقين.

فلا يضمن قيد بالغلة لأن الناظر لو مات مجهلا لمال البدل ضمنه

أقول : هكذا أطلقت المسألة فى كثير من الكتب ، ووقع فيها كلام من وجهين :

الأول : أن قاضيخان قيد ذلك بمتولى المسجد إذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان ، أما إن كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط ،فيضمن مطلقا بدليل اتفاق كلمتهم فيما إذا كانت الدار وقفا على أخوين غاب أحدهما وقبض الحاضر غلتها تسع سنين ثم مات الحاضر وترك وصيا ثم حضر الغائب. وطالب الوصى بنصيبه من الغلة . قال الفقيه أبو جعفر : إذا كان الحاضر الذى قبض الغلة هو القيم على هذا الوقف كان للغائب أن يرجع فى تركة الميت بحصته من الغلة ، وإن لم يكن هو القيم إلا أن الأخوين أجرا جميعا فكذلك ، وإن أجرا لحاضر كانت الغلة كلها له فى الحكم ولا يطيب له انتهى كلامه، وهذا مستفاد من قولهم غلة الوقف وماقبض فى يد الناظر ليس غلة الوقف بل هو مال المستحقين بالشرط .

قال فى الأشباه من القول فى الملك : وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه وإن لم يقبل انتهى ، وينبغى أن يلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شىء فى يد الناظر للعمارة ، والله أعلم ، كذا حرره شيخ مشايخنا منلا على رحمه الله تعالى .

الثانى : أن الإمام الطرسوسى فى أنفع الوسائل ذكر بحثا أنه يضمن إذا طالبه المستحق ولم يدفع له ثم مات بلا بيان ، أما إذا لم يطالب ، فإن محمودا معروفا بالأمانة لا يضمن وإلا ضمن ، وأقره فى البحر على تقييد ضمانه بالطلب أى فلا يضمن بدونه . أما به فيضمن وهو ظاهر ، وبه أفتى الشيخ إسماعيل الحائك ، لكن ذكر الشيخ صالح فى زواهر الجواهر أنه يضمن وإن لم يطالبه المستحق لأن لما مات مجهلا فقد ظلم ، وقيده بحثا بما إذا لم يمت فجأة ، أما إذا مات على غفلة لايضمن لعدم تمكنه من البيان ، بخلاف ما إذا مات بمرض ونحوه وأقره الشارح وعدم تمكنه من البيان لو مات فجأة إنما يظهر لو مات عقب قبضه الغلة كما يأتى .

والحاصل أن المتولى إذا قبض غلة الوقف ثم مات مجهلا بأن لم توجد فى تركته ولم يعلم ماصنع بها لايضمنها فى تركته مطلقا كما هو المستفاد من أغلب عباراتهم ، ولا كلام فى ضمانه بعد طلب المستحق ولا فى عدم ضمانه لو كانت الغلة لمسجد ، وإنما الكلام فيما لو كانت غلة وقف لها مستحقون ماليكون لها هل يضمنها مطلقا على مايفهم من تقييد قاضيخان ، أو إذا كان غير محمود ولا معروف بالأمانة كما بحثه الطرسوسى ، أو إذا كان موته بعد مرض لا فجأة كما بحثه فى الزواهر ؟ فليتأمل ، وهذا كله فى غلة الوقف . أما لو مات مجهلا لمال البدل : أى لثمن الأرض المستبدلة أو لعين الوقف فإنه يضمن بموته مجهلا بالأولى كما قال الشارح عن المصنف ، وبه يعلم أن إطلاق المصنف والشارح فى محل التقييد فتنبه (قوله لأن الناظر لو مات مجهلا لمال البدل ضمنه) أما لو علم ضياعه لايضمن .

قال فى البحر عن المحيط : لو ضاع الثمن من المستبدل لاضمان عليه اه وهذا صريح فى جواز الاستبدال بالدراهم والدنانير ، فلا يشترط كون البدل عقارا ، وهو ينافى ماقدمه فى الوقف من اشتراط كون البدل عقارا ، أفاده أبو السعود فى حاشية الأشباه ط .

أقول : لكن قدم الشارح فى الوقف عن الأشباه أنه لايجوز استبدال العامر إلا فى أربع .

قلت : لكن فى معروضات المفتى أبو السعود أنه فى سنة ٩٥١ ورد الأمر الشريف بمنع استبداله وأمر بأن يصير بأمر السلطان تبعا لترجيح صدر الشريعة اه فليحفظ اه ونقله سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه .

أشباه : أى لثمن الأرض المستبدلة .

قلت : فلعين الوقف بالأولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه فى الزواهر ، وقيد موته بحثا بالفجأة ، فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها فكان مانعا لها ظلما فيضمن ، ورد ما بحثه فى أنفع الوسائل فتنبه (و) منها (قاض مات مجهلا لأموال اليتامى) زاد فى الأشباه : عند من أودعها ،

أقول : وعليه المعوّل (قوله أشباه) قال محشيه الحموى : البدل بالدال المهملة ثمن أرض الوقف إذا باعها بمسوّغ الاستبدال كما صرح به فى الخانية ، قيد بالتجهيل إذ لو علم ضياعه لايضمن .

قال فى الذخيرة : إن المال فى يد المستبدل أمانة لايضمن بضياعه اه وإنما ضمن بالموت عن تجهيل لأنه الأصل فى الأمانات إذا حصل المتوت فيها عن تجهيل فافهم . ويستفاد من قولهم إذا مات مجهلا لمال البدل يضمن جواب واقعة الفتوى، وهى أن المولى إذا مات مجهلا لعين الوقف كما إذا كان الوقف دراهم أو دنانير على القول بجوازه وعليه عمل الروم أن يكون ضامنا ، لأنه إذا كان يضمن بتجهيل مال البدل فبتجهيل عين الوقف أولى ذكره المصنف فى منحه مع زيادة إيضاح (قوله على القول بجوازه) حيث جرت به العادة وعليه عمل أهل الروم كما علمت (قوله قاله المصنف) أى فى منحه (قوله وأقره ابنه) الشيخ صالح (قوله وقيد) أى صاحب الزواهر (قوله موته بحثا بالفجأة) لعدم تمكنه من البيان فلم يكن حابسا ظلما .

قلت : هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض تأمل ، وهذا راجع إلى المتن فى البحث فى غلة المستحقين كما يفيده كلامه الذى رد به على الطرسوسى لا إلى مال البدل وعين الوقف ، حيث قال : لكن يقول العبد الضعيف : ينبغى أن يقال إذا مات فجأة على غفلة لايضمن لعدم تمكنه من بيانها فلم يكن حابسا ظلما ، وإن مات بمرض ونحوه فإنه يضمن لأنه تمكن من بيانها ولم يبين وكان مانعا لها ظلما فيضمن اه وكان الأولى تقديم هذه المسألة هناك (قوله ورد مابحثه فى أنفع الوسائل) كما سمعته قريبا وما ذكره ابن المصنف من الرد .

وحاصل ماذكره بحثا تفصيلا : إن حصل طلب المستحقين منه المال وأخر حتى مات مجهلا يضمن ، وإن لم يحصل طلب منهم ومات مجهلا ينبغى أن يقال أيضا : إن كان محمودا بين الناس معروفا بالديانة والأمانة لاضمان عليه ، وإن لم يكن كذلك ومضى زمان والمال فى يده ولم يفرقه ولم يمنعه من ذلك مانع شرعى يضمن ، وما ذكره الشيخ صالح ابن المصنف هو قوله .

أقول : هو لما مات مجهلا فقد ظلم وقصر حيث لم يبين قبل موته فكان حابسا لها ظلما فيضمن سواء طلب منه أو لا ، ولا دخل لكونه محمودا أو غير محمود ، ولو كان محمودا لبينها قبل موته فى مرضه وخلص نفسه ، فالحسن ماعليه المشايخ الأعلام ، ثم ذكر بحثه السابق .

قال العلامة الرملى : العمل بإطلاقهم متعين ولا نظر لما قاله الطرسوسى ، وينبغى أن يقال ذلك فيما قال ابن المصنف فى زواهره اه . ثم إن هذا من المؤلف خلط مقام بمقام فإنه لاخلاف فى عدم ضمانه بموته مجهلا غلات المسجد ، وأما إذا مات مجهلا استحقاق المستحقين ففيه اختلاف المشايخ ، وما عليه مشايخ المذهب أنه يضمن مطلقا خلافا لتفصيل الطرسوسى .

والحاصل أن بحث الطرسوسى وصاحب الزواهر فى غلة المستحقين ، ولا تنس ماقدمناه قريبا من حاصل الكلام فى هذه المسألة والسلام (قوله ومنها قاض مات مجهلا لأموال اليتامى) قال المصنف فى شرح تحفة الأقران : إذا خلط الأمين بعض أموال الناس ببعض أو الأمانة بماله فإنه ضامن إلا فى مسائل : لايضمن الأمين

ولابد منه لأنه لو وضعها فى بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع ، بخلاف ما لو أودع غيره لأن للقاضى ولاية إيداع مال اليتيم على المعتمد كما فى تنوير البصائر فليحفظ (و) منها (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غاز ثم مات مجهلا) وليس منها مسألة أحد المتفاوضين على المعتمد

بالخلط القاضى إذا خلط ماله بمال غيره أو مال رجل آخر ، والمتولى إذا خلط مال الوقف بمال نفسه وقيل يضمن اه .

واعلم أن ماذكره المصنف تبع فيه الأشباه من أن القاضى إذا مات مجهلا أموال اليتامى لايضمن ، لكنه مخالف لما فى جامع الفصولين من السابع والعشرين : لو وضع قاض مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع ، ولو دفعه القاضى إلى قوم ثقة ولا يدرى إلى من دفع لم يضمن إذ المودع غيره اه تأمل .

وفيه أيضا : ولا يضمن الوصى بموته مجهلا ، ولو خلطاه بماله ضمن وضمن الأب بموته مجهلا ، ولو وضع القاضى مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع الخ .

أقول : لعل وجه الضمان كونها لاتتخطى الورثة فالغرم بالغنم ، ويظهر من هذا الوصى إذا وضع مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا يضمن لأن ولايته قد تكون مستمدة من القاضى أو الأب فضمانه بالأولى . وفى الخيرية : وفى الوصى قول بالضمان ، ويأتى تمام الكلام على ذلك قريبا إن شاء الله تعالى .

وأقول . وكذا الغاصب كما ذكره الكمال فى فصل الشهادة على الإرث ، وكذا المستأجر كما فى البزازية فى مسائل موت أحد المتعاقدين أيضا (قوله ولابد منه) ويؤيده قول جامع الفصولين : مات المودع ولا تدرى الوديعة بعينها صارت دينا فى ماله ، وكذا كل شىء أصله أمانة وتفصيل الأشباه وعبارة الظهيرية والفصولين (قوله لأنه لو وضعها فى بيته ومات مجهلا ضمن) وقدمنا وجهه، وكذا إذا جن جنونا لا يرجى برؤه، كذا فى شرح البيرى معزيا لخزانة الأكمل أبو السعود ، لكن ذكر قاضيخان عن إبراهيم بن رستم : لو مات القاضى ولم يبين ماعنده من مال اليتيم لايضمن شرنبلالية .

وفى البزازية : إذا قبض ماله ووضعه فى منزله ولا يدرى أين وضعه ومات يضمن إلا إذا قال للقاضى حال حياته ضاع أو أنفقته عليه لايضمن اه فتأمل (قوله ومنها سلطان أودع الخ) وذلك إنما يكون قبل القسمة .

أقول : وكذا إذا مات مجهلا أموال اليتيم عنده كما فى العمادية .

قال ط : ومنها الوصى إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما فى جامع الفصولين . ومنها الأب إذا مات مجهلا ما ابنه : ومنها إذا مات الوارث مجهلا ماأودع عند مورثه ، وهذه لم يعزها صاحب الأشباه لأحد . ومنها إذ مات مجهلا ما ألقته الريح فى بيته . ومنها إذا مات مجهلا لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه كذا فى الأشباه :

قال السيد الحموى : والصواب بغير أمره كما فى شرح الجامع ، إذ يستحيل تجهيل مالا يعلمه . ومنها إذا مات الصبى مجهلا لما أودع عنده محجورا لأنه لم يلتزم الحفظ وهى الستة تمام العشرة ، وكذلك إذا بلغ ثم مات إلا أن يشهدوا أنها فى يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا ، والمعتوه كالصبى فى ذلك .

وذكر البيرى أنه إذا مات الصبى بعد البلوغ ولم يدر متى هلكت الوديعة ولم يعلم كيف حالها لم يوجب القاضى ضمانا فى ماله بالعقد الموقوف حتى يقيم المدعى بينة يشهدون أنهم رأوها فى يده بعد البلوغ اه (قوله وليس منها مسألة أحد المتفاوضين) ذكر محمد فى كتاب شركة الأصل مسألة رابعة ، وهى أن أحد المتفاوضين إذا

لما نقله المصنف هنا .

وفى الشركة عن وقف الخانية أن الصواب أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلا وخلافه غلط .

قلت : وأقره محشوها ، فبقى المستثنى تسعة فليحفظ وزاد الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية على العشرة تسعة : الجد ووصيه ووصى القاضى وستة من المحجورين .

مات ولم يبين المال الذى كان فى يده لم يضمن نصيب شريكه كما فى المنبع نقلا عن تهذيب الواقعات للحسام الشهيد . وهكذا فى الولوالجية ، ولكن فى فتاوى قاضيخان : وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذى كان عنده فمات ، ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الأصل وذلك غلط ، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه انتهى .

والعلامة الكمال بن الهمام قال فى كتاب الشركة : الأمين إذا مات مجهلا يضمن إلا فى ثلاث ، وجعل عدم ضمان المفاوض منها ، ثم صرح فى كتاب الوقف بأن المستثنى ثلاث وسكت عن ضمان المفاوض وأورد بدله غيره فليوفق .

أقول : من الله التوفيق ، وغايته الحمل على اختلاف الروايتين ، ولكن يدفعه تغليط قاضيخان عدم الضمان ويصحح ضمان نصيب صاحبه ، ويدل عليه مانصه : فى القنية مات أحد المتفاوضين ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلا يضمن ، كما لو مات مجهلا للعين انتهى . فظهر أن هذا هو المذهب وأن ماذكره المحقق الكمال ضعيف .

قال المصنف تبعا للبحر : وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذى كان عنده فمات ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الأصل وذلك غلط ، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه كذا فى الخانية من الوقف ، وبه يتضح أن مافى الفتح وبعض الفتاوى ضعيف وأن الشريك يكون ضامنا بالموت عن تجهيل عنانا أو مفاوضة ومال المضاربة مثل مال الشركة إذا مات المضارب مجهلا لمال المضاربة أو للمشترى بمالها .

قال فى البزازية من النوع الخامس عشر فى أنواع الدعاوى مانصه : وفى دعوى مال الشركة بسبب الموت مجهلا لابد أن يبين أنه مات مجهلا لمال الشركة ، وأما المشترى بمالها لا ومال الشركة مضمون بالمثل والمشترى بمالها مضمون بالقيمة ومثله مال المضاربة إذا مات المضارب مجهلا لمال المضاربة أو للمشترى بمالها وهذا صريح فى الضمان فإذا أقر فى مرضه أنه ربح ألفا ثم مات من غير بيان لاضمان إلا إذا أقر بوصولها إليه كما فى قاضيخان من كتاب المضاربة (قوله لما نقله المصنف هنا وفى الشركة) ونقله صاحب البحر فى الشركة (قوله أنه يضمن نصيب شريكه) عنانا أو مفاوضة ، ومال المضاربة مثل مال الشركة إذا مات المضارب مجهلا كما علمت (قوله وأقره محشوها) أى أقر الصواب محشو الأشباه (قوله فبقى المستثنى تسعة) أى بخروج الشريك من العشرة وهى الثلاثة المذكورة فى المصنف والستة المذكورة فى الأشباه (قوله وزاد الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية على العشرة) أى بزيادة مسألة أحد المتفاوضين على ماتقدم (قوله الجد) قلت : يفهم من ذكر الأب ، فإن أحكامه أحكامه إلا فيما استثنى وهذه ليست منها ، وقدمنا ذكرها (قوله ووصيه ووصى القاضى) هما داخلان فى الوصى فى كلام الأشباه فلا وجه لزيادة ماذكر ، إلا أن يقال حمله على وصى الأب لبيان التفصيل للإيضاح فتأمل (قوله وستة من المحجورين) أى والسابع وهو الصبي المحجور عليه مذكور هنا .

لأن الحجر يشمل سبعة ، فإنه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته ؛ والمعتوه كصبي ؛ وإن بلغ ثم مات لايضمن إلا أن يشهدوا أنها كانت في يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو الصبا . فإن كان الصبي والمعتوه مأذونا لهما ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا كذا في شرح الجامع الوجيز . قال فبلغ تسعة عشر ، ونظم عاطفا على بيتي الوهبانية بيتين وهي :

وكل أمين مات والعين يحصر   وما وجدت عينا فدينا تصير
سوى متولي الوقف ثم مفاوض   ومودع مال الغنم وهو المؤمر

قلت : هي تعلم من ذكر الصبي ط أي لو أودع عندهم وماتوا مجهلين فلا ضمان عليهم والستة من المحجورين وهم ماعدا الصغرى . وإنما أسقطه لأنه مذكور في الأشباه ؛ ومراده الزيادة على مافي الأشباه فافهم (قوله لأن الحجر يشمل سبعة) أي وقد قدمنا مالو كان المودع صبيا وهي من الصور التي ذكرها في الأشباه ولم يذكرها شارحنا هنا (قوله فإنه) أي الحجر لصغر مسألة الصغر من العشرة التي في الأشباه إلا أن يقول عدها هنا باعتبار قوله وإن بلغ ثم مات لايضمن تأمل . أو يقال : إن مراده مجرد المحجورين سبعة وأن مراده ستة منهم ماعدا الصغر لأنه مذكور في الأشباه ، ولذا قال وستة من المحجورين . (قوله ورق) قال في الظهيرية : لو أن عبدا محجورا عليه أودعه رجل مالا ثم أعتقه المولى ثم مات ولم يبين الوديعة فالوديعة دين في ماله سواء شهد الشهود بقيام الوديعة بعد العتق أم لا . وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه إلا أن تعرف الوديعة فترد على صاحبها اهـ (قوله ودين) بفتح الدال وسكون الياء (قوله والمعتوه كصبي) قال في تلخيص الجامع : أودع صبيا محجورا يعقل ابن اثنتي عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلا لايجب الضمان انتهى . ولعله قصد بكاف التشبيه الإشارة إلى مايأتي عن الوجيز تأمل . وعلل في الوجيز شرح الجامع الكبير عدم ضمانه بأنه لم يلتزم الحفظ ، ثم قال : وإن بلغ ثم مات فكذلك إلا أن يشهدوا أنها في يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا ، والمعتوه كالصبي في ذلك فإن كان مأذونا لهما في ذلك ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا اهـ وبه تتضح عبارة الشارح (قوله وإن بلغ) أي الصبي ومثله إذا أفاق المعتوه كما يؤخذ مما سلف (قوله مأذونا لهما) أي في التجارة كما في البيرى عن خزانة الأكمل . أو في قبول الوديعة كما في الوجيز ، فإن عبارته كما في الحموي : فإن كانا مأذونا لهما في ذلك ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا اهـ . ونص في الهندية على ضمانه في الصورتين إجماعا ط (قوله ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا) هذا نشر على سبيل اللف . وهذه ثمرة تشبيه الشارح المعتوه بالصبي دون غيره . لأن ثمرته جعل السبعة ستة بتداخل العته في الصغر لأن الصبي المحجور عليه من عشرة الأشباه (قوله شرح الجامع) أي الكبير . وقوله الوجيز بدل من شرح فإن اسمه الوجيز (قوله قال) أي الشرنبلالي فبلغ : أي المستثنى (قوله تسعة عشر) أي بناء على عد المفاوض منها وهو غلط كما تقدم نقله عن قاضي خان (قوله ونظم الخ) أي نظم التسعة وبقية عشرة الأشباه (قوله وهي) أي الأبيات الأربعة الأولان لابن وهبان (قوله والعين) مفعول مقدم ليحصر والجملة حال : أي كل أمين مات والحال أنه يحوز العين . وما وجدت تلك العين بعينها فتصير دينا فضمير وجدت وتصير راجعان إلى العين . وكلمة ما نافية وضمير يحصر للأمين . ومعناه يحفظ (قوله وماوجدت) أي العين الأمانة عينا : أي معينة مشخصة (قوله تصير) بالبناء للمجهول (قوله ثم مفاوض) هذا على خلاف المعتمد كما قدمناه (قوله ومودع) بكسر الدال اسم فاعل . من أودع أي سوى مودع مال اليتيم ء. يعني إذا خرج السلطان إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه قاله أبو الطيب (قوله وهو المؤمر) أي الذي جعل أميرا على الجيش فإن ذلك له قبل القسمة فالمؤمر بصيغة اسم المفعول

وصاحب در ألقت الريح مثل ما　　او القاه ملاك بها ليس يشعر
كذا والد جد وقاض وصيهم　　جميعا ومحجور فوارث يسطر

(وكذا لو خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أو مال آخر ابن كمال (بغير إذن) المالك

(قوله ألقت الريح) أى فى تلك الدار شيئا (قوله لو القاه) بدرج الهمزة (قوله ملاك) جمع مالك (قوله بها) أى بالدار (قوله ليس يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال بغير علمه . واعترضه الحموى بأن الصواب بغير أمره كما فى شرح الجامع إذ يستحيل تجهيل مالا يعلمه اه وقدمناه قريبا فكان عليه أن يقول فى النظم ليس يأمر (قوله جميعا) يعنى أن وصى الأب والجد والقاضى لايضمن ، وليس المراد أن الجميع أوصوا إليه ، وقد مر الكلام على ذلك ، ويأتى قريبا إن شاء الله تعالى (قوله ومحجور) بأنواعه السبعة . فإن كان المراد من المحجور ستة كما قدمه يكون الموجود فى النظم سبعة عشر تأمل (قوله فوارث) بغير تنوين : أى إذا مات مجهلا لما أخبره المورث به من الوديعة (قوله يسطر) خبر لمبتدإ محذوف أى وهذا يسطر لحفظه ويسطر مخفف .

قال ابن الشحنة : وفى التبيين قاعدة استثنى منها مسائل ، فالقاعدة قال فى البدائع : او مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فإنه يعود دينا فيما خلف المضارب ، وكذا المودع والمستعير وكل من كان المال فى يده أمانة إذا مات قبل البيان ، ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه دينا فى تركته لأنه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال ، ولو عين الميت المال فى حال الحياة أو علم ذلك تكون تلك الأمانة فى يد وصيه أو يد وارثه كما كانت فى يده : ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت فى حال حياته .

والمسائل الثلاثة المستثناة ذكرها بعد القاعدة فى التتمة ناقلا عن واقعات الناطفى ، الأمانات تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا فى ثلاث مسائل :

إحداها متولى الأوقاف إذا مات ولم يعرف حال غلتها الذى أخذ ولم يبين لاضمان عليه .

الثانية إذا خرج السلطان إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه .

الثالثة أن أحد(١) المتفاوضين إذا مات وفى يده مال الشركة اه : وقد علم ذلك مما قدمناه قريبا (قوله وكذا لو خلطها المودع) خلط مجاورة كقمح بقمح أو ممازجة كمائع بمائع .

اعلم أن الخلط على أربعة أوجه :

خلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز وأنه لايقطع حق المالك بالإجماع ، ولو هلك قبل التمييز هلك أمانة كما لو هلك قبل الخلط .

وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير ، وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان فى الصحيح ، وقيل لاينقطع حق المالك عن المخلوط بالإجماع هنا ويكون له الخيار . وقيل القياس أن يكون المخلوط ملكا للخالط عند أبى حنيفة ، وفى الاستحسان لايصير .

وخلط الجنس بخلافه ممازجة كخلط الخل بالشيرج وهو دهن السمسم والخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه وإنه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع .

---

(١) (قوله أن أحد الخ) لعل الظاهر إسقاط لفظ أن أو زيادة لاضمان عليه بعد قوله مال الشركة فليحرر اه مصححه .

. . . .

وخلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط دهن اللوز بدهن اللوز أو دهن الجوز بدهن الجوز أو اللبن باللبن أو خلط الجنس بالجنس مجاورة كخلط الحنطة بالحنطة أو الشعير بالشعير أو الدراهم البيض بالدراهم البيض أو السود بالسود، فعند أبي حنيفة هو استهلاك مطلقا لا سبيل لصاحبه إلا تضمين المودع مثله أو قيمته وصار المخلوط ملكا للخالط ، ولا يباح له قبل أداء الضمان ، ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة ، ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار ، إن شاء ضمن الخالط مثله ، وإن شاء شاركه في المخلوط بقدر دراهمه ، لأنه يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فيميل إلى أيهما شاء لأن القسمة فيما لا تتفاوت آحاده إفراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا ، فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائما معنى فيخير . وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك لأن إعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا زيلعي ومسكين . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه جعل الأقل تابعا للأكثر ، وقال محمد رحمه الله تعالى : يشاركه بكل حال ، وكذلك أبو يوسف رحمه الله تعالى في كل مائع خلطه بجنسه يعتبر الأكثر . وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول بانقطاع حق المالك في الكل ، ومحمد رحمه الله تعالى بالتشريك في الكل هندية .

ولو خلط المتولي ماله بمال الوقف لم يضمن وفي الخلاصة ضمن ، وطريق خروجه من الضمان الصرف في حاجة المسجد أو الرفع إلى الحاكم منتقى :

القاضي لو خلط مال صبي بماله لم يضمن ، وكذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر ، ولو بماله ضمن ، وينبغي أن يكون المتولي كذلك ، ولا يضمن الوصي بموته مجهلا ، ولو خلط بماله ضمن .

يقول الحقير : وقد مر نقلا عن المنتقى أيضا أن الوصي لو خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن .

وفي الوجيز أيضا قال أبو يوسف : إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع لا يضمن نور العين من أواخر السادس والعشرين .

وبخط السائحاني عن الخيرية : وفي الوصي قول بالضمان اهـ قلت : فأفاد أن المرجح عدمه .

والحاصل أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولي والقاضي والسمسار بمال رجل آخر والوصي ، وينبغي أن الأب كذلك ، يؤيده ما في جامع الفصولين : لا يصير الأب غاصبا بأخذ مال ولده ، وله أخذه بلا شيء لو محتاجا وإلا فلو أخذه لحفظه فلا يضمن إلا إذا أتلفه بلا حاجة اهـ بل هو أولى من الوصي تأمل ، والمراد بقوله ولده الولد الصغير كما قيده في الفصول العمادية .

وفي الهندية : ولو خالطت الفضة بعد الإذابة صار من المائعات لأنه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور كذا في التبيين .

وفي الفتاوى العتابية : ولو كان عنده حنطة وشعير لواحد فخلطهما ضمنهما كذا في التاتارخانية ، وإن كان الذي خلط الوديعة أحدا ممن هو في عياله كزوجته وابنه فلا ضمان عليه والضمان على الخالط . وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا سبيل للمودع والمودع على العين إذا خلطها الغير ويضمنان الخالط . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إن شاءا ضمنا الخالط وإن شاءا أخذا العين وكانا شريكين سواء كان الخالط كبيرا أو صغيرا كذا في السراج الوهاج ، حرا كان أو عبدا كذا في الذخيرة .

(بحيث لاتتميز) إلا بكلفة كحنطة بشعير ودراهم جياد بزيوف مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط، لكن لايباح تناولها قبل أداء الضمان وصح الإبراء، ولو خلطه بردىء ضمنه لأنه عيبه وبعكسه شريك لعدمه مجتبى (وإن بإذنه اشتركا) شركة أملاك كما لو اختلطت بغير صنعه كأن انشق الكيس لتعدم التعدى؛ ولو خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيرا، ولا يضمن أبوه خلاصة.

(ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقى) خلطا لايتميز معه (ضمن) الكل لخلط ماله بها؛ فلو تأتى التميز

وقد قالوا إنه لا يسع الخالط أكل هذه الدنانير حتى يؤدى مثلها إلى أربابها، وإن غاب الذى خلطها بحيث لا يقدر عليه، فإن تراضيا على أن يأخذها أحدهما وقد دفع قيمة مال الآخر جاز، وإن أبيا ذلك أو أبى أحدهما وقالا نبيع ذلك فباعاها ضرب كل واحد منهما فى الثمن بحصته، فإن كان المخلوط حنطة وشعيرا ضرب صاحب الحنطة بقيمتها حنطة مخلوطة وضرب صاحب الشعير بقيمة شعيره غير مخلوط كذا فى السراج الوهاج اهـ (قوله بحيث لا تتميز) أى أصلا كخلط الشيرج مع الزيت أو مع التعسر كما مثل به الشارح بقوله إلا بكلفة كحنطة. واستفيد منه أن المراد بعدم التميز عدمه على وجه التيسير لاعدم إمكانه مطلقا كما فى البحر (قوله ضمنها لاستهلاكه بالخلط) وإذا ضمنها ملكها، ولا تباح له قبل أداء الضمان ولا سبيل للمالك عليها عند أبى حنيفة كما قدمناه (قوله وصح الإبراء) فلو أبرأه سقط حقه من العين والدين كما قدمنا (قوله ولو خلطه أى الجيد (قوله ضمنه) أى الجيد: أى ضمن مثل الجيد (قوله وبعكسه) أى لو خلط ردىء الوديعة بجيدها (قوله شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى. ونص عبارته: لو خلط الوديعة بماله حتى لا تتميز يضمنها به ولا سبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما يشركه إلى أن ذكر: ولو صب الردىء على الجيد يضمن مثل الجيد لأنه تعيب، وفى عكسه كان شريكا لأن الردىء لايتعيب بالجيد اهـ فقد عرفه على قولهما القائلين بأن الخلط سبب الشركة ثم استثنى منها مالإذا خلط الردىء بالجيد وهو صحيح كما علمت مما قدمناه وأما ما ذكره هنا مع اقتصاره على قول الإمام فإنه لا معنى له لأنه إذا خلطه ملكه ووجب ضمانه ولو أبرأه عنه طاب خلطه سواء خلطه بالجيد أو بالردىء أو بالمماثل، إلا أن هذا فى غير الوديعة أو قول مقابل لما سبق من أن الخلط فى الوديعة يوجب الضمان مطلقا إذا كان لايتميز تأمل وتدبر (قوله لعدمه) أى عدم التعدى وهو علة المحذوف أى ولا يضمن. قال فى المنح: فإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقى بينهما على قدر ماكان لكل واحد منهما كالمال المشترك اهـ (قوله كأن انشق الكيس) فى صندوقه فاختلط بدراهمه اشتركا أى المودع والمودع فى المخلوط، حتى لو هلك بعضها هلك من ماليهما دراهم، ويقسم الباقى بينهما على قدر ماكان لكل منهما أبو السعود (قوله ولو خلطها غير المودع) أى سواء كان أجنبيا أو من فى عياله كما علمت (قوله ضمن الخالط) عند الإمام. وقالا إن شاء ضمنها الخالط وإن شاء أخذ العين وكانا شريكين كما قدمناه عن الهندية (قوله ولو صغيرا) لأنه من التعدى على أموال الناس، كما لو كسر زجاجات الغير فإن الضمان عليه (قوله فرد مثله) قال ابن سماعة عن محمد: فى رجل أودع رجلا ألف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة أو شراء وردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن. وروى عن محمد أو قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفا فردها على المودع فهلكت ضمن تاترخانية (قوله خلطا لا يتميز) أى الباقى مع الخلط (قوله لخلط ماله بها) قال فى البحر: ضمن الكل البعض بالإنفاق والبعض بالخلط لأنه متعد بالإنفاق منها، وما رده باق على ملكه اهـ (قوله فلو تأتى التميز) كخلط الدراهم السود بالبيض أو الدراهم بالدنانير فإنه لا يقطع حق المالك

أو أنفق ولم يرد أو أودع وديعتين فأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط مجتبى ، وهذا إذا لم يضره التبعيض .

(وإذا تعدى عليها) فلبس ثوبها أو ركب دابتها أو أخذ بعضها (ثم رد) عينه إلى يده (حتى زال التعدى زال) ما يؤدى إلى (الضمان) إذا لم يكن من نيته العود إليه أشباه من شروط النية

بإجماع كما قدمناه (قوله أو أنفق ولم يرد) فهلك الباقى لايضمن لأنه حافظ للباقى (قوله وهذا إذا لم يضره التبعيض) مرتبط بقوله أو أنفق ولم يرد كما فى البحر .

وفيه : وقيد بقوله فرد مثلها لأنه لو لم يرد كان ضامنا لما أنفق خاصة لأنه حافظ للباقى ، ولم يتعيب لأنه مما لا يضره التبعيض ، لأن الكلام فيما إذا كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو أشياء من المكيل والموزون اه .

قال الطحاوى : ولم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض هل يضمن الجميع أو ما أخذ ونقصان ما بقى فيحرر اه .

أقول : وتحريره ما قاله العلامة أبو الطيب : فردتا ظفار إذا باع أحدهما فعيب تعيب الثانى أو باع بعض الفردة فيضمن الكل اه (قوله وإذا تعدى) أى المودع عليها ، أما إذا هلكت من غير تعد فلا ضمان وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن أبو السعود فى حاشية الأشباه (قوله أو ركب دابتها) أو استخدم عبدها أو أودعها غيره (قوله حتى زال التعدى) بأن رد الثوب إلى مكانه والدابة إلى مربطها وأخذ البعض برده إلى يده وترك استخدام العبد واسترد الوديعة من الغير (قوله زال ما يؤدى إلى الضمان) وهو التعدى، ولاحاجة إلى هذه الزيادة لأنها أدت إلى ركاكة عبارة المصنف ، لأنه يصير المعنى ثم زال التعدى زال التعدى ، لأن ما يؤدى إلى الضمان هو التعدى ، فلو أسقطه لكان أحسن كما وقع فى العينى والدرر حيث قالا : وإن زال التعدى زال الضمان ، بمعنى أن الوديعة إذا ضاعت بعد العود إلى يده لم يضمن خلافا للشافعى . قال العينى لأن الضمان وجب دفعا للضرر الواقع وقد ارتفع بالعود إلى الوفاق فلا يضمن ، وهذا مقيد بما لم ينقصها الاستعمال فإن نقصها ضمن أى النقصان لصيرورته حابسا لجزء منها على وجه التعدى ، وكذا فى شرح تنوير الأذهان ، وإنما زال الضمان لأنه مأمور بالحفظ فى كل الأوقات فإذا خالف فى البعض ثم رجع أتى بالمأمور به ، كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم حفظ فى الباقى استحق الأجرة بقدره اه منح (قوله إذا لم يكن من نيته العود إليه) فلو لبس ثوب الوديعة ونزعه ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لايبرأ عن الضمان بحر من الجنايات معزيا للظهيرية ،ولم يذكر المصنف حكم دعواه العود هل يكتفى بمجرد دعواه العود وإن لم يصدقه صاحب الوديعة ، وهو مذكور فى العمادية : وعبارتها : ولو أقر المودع أنه استعملها ثم ردها إلى مكانها فهلكت لايصدق إلا ببينة .

فالحاصل أن المودع إذا خالف فى الوديعة ثم عاد إلى الوفاق إنما يبرأ عن الضمان إذا صدقه المالك فى العود فإن كذبه لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاق .

ورأيت فى موضع آخر : المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فكذبه المودع فالقول قول المودع كما فى الرهن ، بخلاف ماإذا جحد الوديعة أومنعها ثم اعترف فإنه لايبرأ إلا بالرد على المالك كما فى الحواشى الحموية (قوله أشباه) عبارتها : قالوا فى المودع إذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه ومن نيته أن يعود إلى لبسه لم يبرأ من الضمان اه .

قال البيرى : هذا عجيب من المؤلف حيث قال قالوا المشعر بأن ذلك قول علمائنا كافة مع علمه بأن ذلك

بخلاف المستعير والمستأجر، فلو أزالاه لم يبرأ لعملهما لأنفسهما، بخلاف مودع ووكيل بيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار

قول لصاحب الظهيرية وتخريجه ، وقد نقله عنه فيما يأتى ، ونصه : عندى المودع إذا لبس قميص الوديعة بغير إذن المودع فنزعه بالليل للنوم فسرق القميص فى الليل ، فإن كان من قصده أن يلبس القميص من الغد لا يعد هذا ترك الخلاف حتى لا يضمن اه وبه انتهى كلام البيرى .

أقول : ويمكن أنه أتى بلفظ قالوا للتبرى ، ويؤيد ذلك قول صاحب البحر عقب ذكره عبارة الخلاصة قوله فراجعه : لكن قال فى الذخيرة : لو وضع طبق وديعة على رأس الجب فوقع فيه ، إن وضع على وجه الاستعمال ضمن وإلا فلا اه .

وفى جامع الفصولين : وضع طبق الوديعة على رأس الخابية ضمن لو فيها شيء يحتاج إلى التغطية كماء ودقيق ونحوه لأنه استعمال صيانة لما فيها لا لو لم يكن فيها شيء ، ولو وضع ثوبا على عجين ضمن للاستعمال؛ وضع الطشت على رأس التنور ضمن لو قصد التغطية وإلا لا لأنه مستعمل فى الأول لا فى الثانى اه وأنت خبير بأن ما فى الذخيرة أعم فتأمل .

مطلب رجل تناول مال إنسان بلا أمره فى حياته ثم رده لورثته بعد موته

[فرع] رجل تناول مال إنسان فى حال حياته ثم رده إلى ورثته بعد موته يبرأ عن الدين ويبقى حق الميت فى مظلمته إياه ولا يرجى له الخروج عنها إلا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له اه نور العين عن الخانية (قوله بخلاف المستعير والمستأجر) يعنى إذا تعدى فى المستعار والمستأجر بأن استعار ثوبا ليلبسه فلبسه يومين ونزعه للتسليم أو استأجر الدابة ليركبها أياما معدودة أو ليحمل عليها أمنانا معلومة فركبها أو حملها أكثر منها ثم ردها كما كانت لم يبرأ خلافا لزفر رحمه الله تعالى فيهما ، لأن البراءة منه إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك لأن قبضهما لأنفسهما ، بخلاف المودع فإن يده يد المالك حكما لأنه عامل له فى الحفظ زيلعى . وقيل إذا استأجر الدابة ذاهبا وجائيا يبرأ ، وإن ذاهبا فقط لا يبرأ لأن العقد انتهى بالوصول إلى ذلك المكان وبالعود إليه لا يعود العقد بينهما شلبى .

قال فى جامع الفصولين : مستأجر الدابة والمستعير لو نوى أن لا يردها ثم ندم لو كان سائرا عند النية ضمن لو هلكت بعد النية ، أما لو كان واقفا إذا ترك نية الخلاف عاد أمينا اه .

واعلم أن ما مشى عليه المصنف تبعا للكنز هو المفتى به كما فى الشرنبلالية احترازا عما ذكره فى الدرر من أن منهم من قال المستعير والمستأجر إذا خالفوا ثم عادوا إلى الوفاق برءوا عن الضمان إذا كانت مدة الإيداع والإعارة باقية الخ (قوله فلو أزالاه) أى التعدى (قوله لعملهما لأنفسهما) وعلله البيرى بأنهما مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال أى المأذون فيه مقصودا ، فإذا انقطع الاستعمال المذكور لم يبق الحفظ ثابتا فلا يبرءان بالعود اه ط .

وفى جامع الفصولين : ولو مأمورا بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعملها ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ ضمن إذا عاد والأمر بالحفظ قد زال اه (قوله بخلاف مودع) لاحاجة إليه لأنه أصل المسألة المقصودة بالذكر ولكن إنما ذكره ليظهر عدها ، ويتضح الاستثناء فى قوله إلا فى هذه العشرة ط (قوله ووكيل بيع) بأن استعمل ما وكل ببيعه ثم ترك وضاع لا يضمن (قوله أو حفظ) تقدمت صورته قريبا (قوله أو إجارة) بأن وكله ليؤجر له دابته فركبها ثم ترك (قوله أو استئجار) بأن دفع له دراهم ليستأجر له بيتا فدفعها فى استئجار دكان

ومضارب ومستبضع وشريك عنانا أو مفاوضة ومستعير رهن أشباه .

والحاصل أن الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلا فى هذه العشرة لأن يده كيد المالك ، ولو كذبه فى عوده للوفاق فالقول له ، وقيل للمودع عمادية (و) بخلاف (إقراره بعد جحوده) أى جحود الإيداع ،

ثم استردها بعينها فهلكت فإنه لا يضمن (قوله ومضارب ومستبضع) إذا خالف ودفع المال لنفقته ثم عاد إلى الوفاق صار مضاربا ومستبضعا أبو السعود عن الشيخ صالح (قوله وشريك عنانا أو مفاوضة) فإنهما يعودان أمينين بالعود إلى الوفاق أبو السعود ، أما شريك الملك فإنه إذا تعدى ثم أزال التعدى لا يزول الضمان كما هو ظاهر ، لما تقرر أنه أجنبى فى حصة شريكه ، فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم أزال التعدى لا يزول الضمان ، ولو كانت فى نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم أزاله يزول الضمان وهى واقعة الفتوى سئلت عنها فأجبت بما ذكرت وإن لم أرها فى كلامهم للعلم بها مما ذكر إذ هو مودع فى هذه الحالة. وأما استعمالها بلا إذن الشريك فهى مسئلة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصبا رملى على المنح (قوله ومستعير رهن) أى إذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال بمثل القيمة ثم قضى بالمال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برئ عن الضمان حين رهنها فإذا كان أمينا خالف فقد عاد إلى الوفاق ، وإنما كان مستعير الرهن كالمودع لأن تسليمها إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير ، حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برىء عن الضمان ، كذا فى البحر معزيا إلى المبسوط اه نقله فى المنح ، وإنما قال ثم قضى المال ولم يقبضها لما ذكره أنه لو هلكت قبل أن يقضى المال كان قاضيا بها دينه فيضمن قيمتها لمالكها ، وقوله ثم رهنها بمال بمثل قيمتها ، الأولى أن يقول بما شرطه المرتهن لأنه لا يتجاوزه كما يأتى فى بابه تأمل . وقد علمت أن هذه المسألة مقيدة بما إذا تعدى ثم رهن ، فلو استعار ليرهن فتعدى ولم يرهن وضاعت فالضمان عليه ويكون داخلا فى حكم المستعير المذكور فى المصنف ، وأن هذه المسألة مستثناة من قول المصنف بخلاف المستعير كما أفاده فى شرح ط .

وقد سئل الخير الرملى عن المرتهن إذا مات مجهلا للرهن هل يضمنه كملا أم لا ؟ فأجاب نعم ، لأن الزائد عن الدين أمانة فتضمن كما هو ظاهر اه (قوله ثم أزاله) أى التعدى (قوله إلا فى هذه العشرة) بعد الشريك صورتين (قوله لأن يده كيد المالك) أى حكما لأنه عامل فى الحفظ ، وهذه علة لمسألة الوديعة المذكورة فى المصنف .

والحاصل أن كل أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أمينا لأن يده يد المالك حكما لأنه عامل فى الحفظ إلا المستعير والمستأجر فإنهما ضامنان مطلقا لأن قبضهما العين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع ، فإذا ترك الخلاف لم يوجد الرد إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكما ، بخلاف المودع وما عطف عليه فإن يده يد المالك حكما لأنه عامل فى الحفظ كما ذكرنا (قوله فالقول له) أى للمالك إلا أن يقيم المودع البينة على العود إلى الوفاق ، والأولى التصريح بذلك لدفع اللبس الواقع فى العبارة فتأمل ط (قوله وقيل للمودع) بفتح الدال لأنه ينفى الضمان عنه أى ولا يشترط إقامة البينة على العود إلى الوفاق ، وظاهر كلامهم اعتماد الأول (قوله وبخلاف إقراره بعد جحوده) بأن قال لم تودعنى . أما لو قال ليس له على شىء ثم ادعى ردا أو تلفا صدق أبو السعود عن الشرنبلالية ومثله جحوده بلا إقرار بأن أقام بينة بعد الجحود كما فى الدرر ، وقوله وبخلاف إقراره معطوف على قوله

حتى لو ادعى هبة أو بيعا لم يضمن خلاصة ، وقيد بقوله (بعد طلب) ربها (ردها) فلو سأله عن حالها فجحدها فهلكت لم يضمن بحر ، وقيد بقوله (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) أى حال جحوده ، لأنه لو لم ينقلها وقته فهلكت لم يضمن خلاصة ، وقيد بقوله (وكانت) الوديعة (منقولا) لأن العقار

بخلاف المستعير والمستأجر (قوله حتى لو ادعى هبة أو بيعا) يعنى قيد بقوله بعد جحوده ، لأنه لو ادعى أن المالك وهبها له أو باعها منه وأنكر صاحبها ثم هلكت لاضمان على المودع لأنهما اتفقا على اليد واختلفا فى الجهة فيحمل على المحقق وهو يد الأمانة والملك للمالك (قوله وقيد بقوله بعد طلب ربها) ومثله طلب امرأة الغائب وجيران اليتيم من الوصى لينفق عليه من ماله كما فى الخانية ، ومثله فى التاترخانية ، وقوله بعد متعلق بقوله بجحوده (قوله فلو سأله عن حالها) بأن قال ماحال وديعتى عندك ليشكره على حفظها بحر ، والأولى أن يقول لأنه الخ بدل الفاء وكذا يقال فيما يأتى (قوله فجحدها) قال الرملى : هذا ليس بجحود حقيقة ، وإنما هو حفظ فاستغنى فى الكنز عن ذكره (قوله لم يضمن) لأن كتمان الوديعة أمكن فى حفظها لأن بذكرها قد يتنبه لها الظالم والسارق فكان جحوده من باب الحفظ ، بخلاف ما إذا كان جحوده عند طلب المالك لها فإن بالطلب ينتهى الإيداع فإنه ما أودعها إلا ليسلمها له عند حاجته إليها فبالمنع يكون غاصبا فيضمن ولم تبق يده يد المالك، فبإقراره بعد ذلك لم يحصل الرد إلى مالكها لاحقيقة ولا حكما فلذا لايبرأ عن الضمان إلا بتسليمها إلى المالك حقيقة (قوله ونقلها من مكانها وقت الإنكار) المراد به زمن الإنكار، وليس المراد نقلها وقته حقيقة لأنه لايتأتى إلا فى نادر من الصور .

وعبارة الخلاصة : وفى غصب الأجناس إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها الذى كانت فيه حال الجحود وإن لم ينقلها وهلكت لايضمن اه وهو ظاهر ، وعليه فهو متعلق بقوله مكانها ، وانظر مالو كان نقلها قبله وفى نيته الجحود ، وقد نقل هذا التقييد الشرنبلالى عن الناطفى . ونقل عن جامع الفصولين أنه يضمن بجحوده الوديعة كالعارية ولو لم يحولها ، وقوله وكانت منقولا لاحاجة إليه بعد قوله ونقلها من مكانها ، ولو قدمه عليه لكان أولى (قوله لأنه لو لم ينقلها وقته) صادق بعدم النقل أصلا وبنقلها بعده وقبله ، وإنما اعتبر النقل ليتحقق الغصب فى المنقول ، إذ الغصب إزالة اليد المحققة وإثبات اليد المبطلة ، وهو إنما يتحقق بنقلها من مكانها وقت الجحود لأن يده عليها يد أمانة لاضمان ، فإذا جحدها فنقلها فقد أزال يد الأمانة وأثبت يد الغصب ، بخلاف ما إذا لم ينقلها فإن يد الأمانة باقية ، وقد نقل هذا القيد الشرنبلالى كما قدمناه .

ونصه : إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخا للوديعة ، حتى لو نقلها المودع من المكان الذى كان فيه حالة الجحود يضمن ، وإن لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لايضمن اه ونقله فى التاترخانية عن الخانية معزيا للناطفى ، لكن ذكر فى جامع الفصولين أنه يضمن بجحود الوديعة كالعارية ولو لم يحولها .

وفى المنتقى : لو كانت العارية مما يحول يضمن بالإنكار وإن لم يحولها وفى البدائع أن العقد ينفسخ بطلب المالك لأنه لما طلبها فقد عزله عن الحفظ أو لما جحده المودع بحضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فبقى مال الغير فى يده بغير إذنه فيكون مضمونا ، فإذا هلك تقرر الضمان اه .

قال الخير الرملى : لم يظهر لأصحاب المتون صحة هذا القول فلم ينظروا إليه فراجع المطولات يظهر لك ذلك اه فتأمل (قوله وكانت الوديعة منقولا) . أقول : العقار مقرر عدم الضمان فيه لعدم تصور غصبه فلم

لايضمن بالجحود عندهما خلافا لمحمد فى الأصح غصب الزيلعى ، وقيد بقوله (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) فلو كان لم يضمن لأنه من باب الحفظ ، وقيد بقوله (ولم يحضرها بعد جحودها) لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له ربها دعها وديعة ، فإن أمكنه أخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد وإلا ضمنها لأنه لم يتم الرد اختيار ، وقيد بقوله (لمالكها) لأنه لو جحدها لغيره لم يضمن لأنه من الحفظ فإذا تمت هذه الشروط لم يبرأ بإقراره إلا بعقد جديد ولم يوجد .

(ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن عليه قبل) وبرئ (كما لو ردها قبل الجحود

يصرح فى الكنز بنفيه اكتفاء بذلك كما سيذكره فى بابه ، أو لأن الأصح مذهب محمد فيه فأراد دخوله تأمل ذكره الخير الرملى (قوله لايضمن بالجحود عندهما) لعدم تصوّر غصبه (قوله خلافا لمحمد) فإن الغصب يجرى فيه عنده ، فلو جحده يكون ضامنا (قوله فى الأصح) أى قوله هو الأصح (قوله غصب الزيلعى) أى ذكره الزيلعى فى كتاب الغصب (قوله ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) أى لأنه لو جحدها فى وجه عدوّ يخاف عليها التلف ، إن أقر ثم هلكت لايضمنها لأنه إنما أراد حفظها كذا فى المنح (قوله فلو كان لم يضمن) أى إن أقر ثم هلكت (قوله وقيد بقوله ولم يحضرها الخ) أقول : لم يصرح به فى الكنز . والجواب عنه أنه حيث قلتم إنه إيداع جديد فما مدخله فى مسألتنا فتأمله ذكره الخير الرملى (قوله فإن أمكنه) أى ربها أخذها عند إحضارها ليجعل قابضا لها (قوله لم يضمن لأنه إيداع جديد) أى بقوله دعها فيكون إبقاؤها إيداعا جديدا (قوله وإلا) أى وإن لم يكن المالك أخذها عند إحضارها (قوله ضمنها) لأنه لم يجعل قابضا لها فبقيت مضمونة على جاحدها (قوله لأنه لم يتم الرد) أى ردها إلى المالك بإحضارها عند عدم تمكنه من أخذها فلا يصح الإيداع الجديد لأن الإيداع إنما يكون لعين ماله ، وهو إنما يستحق على المودع ضمانها فهو كالدين فى ذمته والمضمون لايصير أمانة إلا بعد الخروج عن عهدة ضمانه وذلك بالتسليم التام الذى يمكن المالك معه القبض والتسليم (قوله وقيد بقوله لمالكها) أو وكيله كما فى التاترخانية فاللام بمعنى عند ، ويؤيده قول الدرر أو جحودها عند مالكها .

قال الخير الرملى : لاحاجة إليه : أى مالكها لأنه هو المراد لاغيره إذ الكلام فيه فلذا لم يذكره فى الكنز (قوله فإذا تمت الشروط) وهى طلب ردها ونقلها وكونه منقولا وعدم الخوف عليها وعدم إحضارها بعد جحودها وكون الجحود لمالكها لم يبرأ الخ (قوله إلا بعقد جديد ولم يوجد) والحاصل على ماذكره المصنف أنه لايضمن إلا بشروط : أن يجحد عند سؤال ردها ، وأن ينقلها ، وأن يكون نقلها زمن إنكاره ، وأن تكون مما ينقل ، وأن لايكون عند الإنكار من يخاف عليها منه ، وأن لايحضرها بعد الجحود ، وأن يكون الجحود لمالكها ، فإن وجدت هذه الشروط ضمن وإلا بأن جحد عند غير صاحبها أو عنده حين يسأله عن حالها من غير أن يطالب منه الرد أو طلب منه الرد عند من يخاف منه فجحدها لايضمن (قوله قبل) لعدم تناقضه فإنه يقول إنى بعد أن جحدتك الوديعة نسيانا أو ظلما ثم تذكرت(١) أو رجعت عن الظلم كان مدعيا فإذا نوّر دعواه بالبينة قبلت فيبرأ عن الضمان (قوله كما لو برهن الخ) هكذا نقله فى الخانية والخلاصة .

ونقل فى البحر عن الخلاصة أنه لايصدق ، لكن فى عبارته سقط ويدل عليه أن الكلام فى البينة لافى مجرد الدعوى ، حتى يقال لايصدق .

---

(١) (قوله ثم تذكرت) لعل الظاهر إسقاط ثم .

وقال غلطت فى الجحود أو نسيت أو ظننت أنى دفعتها) قبل برهانه .

ولو ادعى هلاكها قبل جحودها حلف المالك ما يعلم ذلك ، فإن حلف ضمنه ، وإن نكل برئ وكذا العارية منهاج .. ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم

وعبارة الخلاصة بعد قوله لم يستودعنى هكذا : وفى الأقضية : لو قال لم يستودعنى ثم ادعى الرد أو الهلاك لايصدق ، ففى عبارته سقط .

قال فى الخانية : وذكر فى المنتقى إذا جحد المودع الوديعة ثم ادعى أنه ردها بعد ذلك وأقام البينة قبلت بينته ، وكذا لو أقام البينة أنه ردها قبل الجحود وقال إنما غلطت الخ ، فظهر أن فيما نقله صاحب البحر عن الخلاصة سقط .

وفى الخانية أيضا : ولو جحد المودع الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها قبل الجحود ، إن قال ليس لك عندى وديعة قبلت بينته ويبرأ عن الضمان . ولو قال نسيت فى الجحود أو قال غلت ثم أقام البينة أنه دفعها إلى صاحبها قبل الجحود برئ اهـ (قوله وقال غلطت) حال من الضمير فى برهن الثانية التى هى على الرد قبل الجحود لأنه متناقض فى دعواه ذلك لأنه حيث جحدها زعم أنه لاوديعة عنده فلا يتأتى الرد لنفى أصل الوديعة فيحتاج إلى التوفيق ، فإذا قال غلطت : أى أردت أن أقول رددتها فقلت لاوديعة عندى أو لم تودعنى شيئا لأن الوديعة التى قد أودعتها عندى قد انتهت بالتسليم إليك فصرت كأن لم تودع شيئا فيقبل حينئذ برهانه لارتفاع التناقض ، وكذا لو قال نسيت : أى حين سألتنى عن الوديعة بعد ردها إليك نسيت الإيداع والرد فلذلك قلت لك لم تودعنى شيئا ثم تذكرت وهذه بينتى على الرد تقبل (قوله أو ظننت أنى دفعتها) أى وبعد الدفع لم أكن مودعا فأنا صادق فى قولى لك لم تودعنى لأنى قد برئت من وديعتك بتسليمها إليك (قوله ولو ادعى هلاكها قبل جحودها حلف المالك الخ) أى عند القاضى بطلب المودع عند عدم إقامة البينة على الضياع من المودع ، لأن كل من إذا أقر بشئ لزمه يحلف عند إنكاره ، والمالك لو أقر بهلاكها قبل جحود المودع انتفى الضمان ، فإذا أنكره يحلف ، فإذا حلف ضمنها المودع لعدم ثبوت مدعاه فيضمن بجحوده ، وإن نكل برئ المودع لأن النكول إقرار أو بذل على ماعرف (قوله مايعلم ذلك) لأنه تحليف على غير فعله فيكون على العلم وذلك عند عدم إقامة البينة على الضياع من المودع . أما إذا أقام بينة ، فإن كان قبل الجحود تقبل لعدم التعدى والتناقض ، وإن بعده لاتقبل لأنه بالجحود غاصب ولم يرد إلى المالك كما تقدم .

قال فى الهندية : إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعد ماجحد المودع وأقام المودع البينة على الضياع ، فإن جحد المودع الإيداع بأن يقول للمودع لم تودعنى ، ففى هذا الوجه المودع ضامن وبينته على الضياع مردودة سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود أو بعد الجحود ، وإن جحد الوديعة بأن قال ليس لك عندى وديعة ثم أقام البينة على الضياع ، إن أقام البينة على الضياع بعد الجحود فهو ضامن ، وإن أقام بينته على الضياع قبل الجحود فلا ضمان ، وإن أقام بينته على الضياع مطلقا ولم يتعرضوا لكونه قبل الجحود أو بعده فهو ضامن اهـ (قوله فإن حلف ضمنه) أى ضمن المالك المودع لعدم ثبوت مدعاه فيضمن بجحوده ، وإن نكل برئ : أى المودع لأن النكول إقرار أو بذل كما سمعت (قوله وكذا العارية) أى إذا ادعى المستعير هلاكها قبل جحوده فإن القاضى يحلفه على العلم (قوله ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم) الأصوب علمت : أى القيمة لأن الفاعل ضمير مؤنث متصل فتلزم التاء .

وإلا فيوم الإيداع عمادية بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن خانية (و) المودع (له السفر بها)

ونقل فى المنح قبله عن الخلاصة : ضمان القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل ، لكنه متابع فى النقل عن الخلاصة لصاحب البحر ، وفيما نقله سقط كما قدمناه قريبا ، فإن مارأيته فى الخلاصة موافق لما فى العمادية فتنبه : وأصل العبارة : قضى عليه بقيمته يوم الجحود ، فإن قال الشهود لانعلم قيمته يوم الجحود لكن قيمته يوم الإيداع كذا قضى عليه بقيمته يوم الإيداع .

وعبارة العمادية أنه لو جحد الوديعة وهلكت ثم أقام المودع بينة على قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الجحود ، وإن لم يعلم قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع ، يعنى إذا أثبت الوديعة كذا ذكره فى العدة اهـ ولذلك تعقب العلامة المقدسى صاحب البحر بأن الذى فى الخلاصة يقضى عليه بقيمته الخ (قوله وإلا فيوم الإيداع) قال مؤيد زاده : إن لم تعلم قيمة الوديعة يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع (قوله بخلاف مضارب جحد) أى قال لرب المال لم تدفع لى شيئا (قوله ثم اشترى) أى بعد ما أقر ورجع عن الجحود ، بأن قال بلى قد دفعت إلىّ ، بخلاف مالو أقر بعد الشراء فيضمن المتاع له منح عن الخانية (قوله لم يضمن خانية) عبارتها كما فى المنح : المضارب إذا قال لرب المال لم تدفع إلىّ شيئا ثم قال بلى قد دفعت إلىّ ثم اشترى بالمال ذكر الناطفى أن المشترى يكون على المضاربة ، وإن ضاع المال فى يده بعد الجحود وقبل الشراء فهو ضامن والقياس أن يضمن على كل حال .

وفى الاستحسان : إن جحد ثم أقر ثم اشترى برئ عن الضمان ، وإن جحدها ثم اشترى ثم أقر فهو ضامن والمتاع له ، وكذا الوكيل بشراء شئ بغير عينه بألف ودفع الموكل المال إلى الوكيل ، فإن كان العبد معينا فاشتراه فى حالة الجحود أو بعد ما أقر فهو للآمر .

ولو دفع رجل عبدا إلى رجل ليبيعه فجحد المأمور ثم أقر به فباعه قال محمد بن سلمة جاز ويبرأ عن الضمان ؛ وقال غيره من المشايخ فى قياس قوله ولو باعه بعد الجحود ثم أقر جاز أيضا اهـ وبهذا يعلم مافى عبارته من حذف مالا بد منه وهو قوله ثم أقر ثم اشترى الخ فتأمل ، وعليه فلو قال بخلاف مضارب جحد ثم أقر ثم اشترى لم يضمن لأصاب (قوله والمودع له السفر بها) أى برا : وأجمعوا أنه لو سافر بها بحرا يضمن هندية عن غاية البيان .

قال فى البحر : ومن المخوف السفر بها فى البحر لأن الغالب فيه العطب اهـ وعزاه للاختيار . وتعقبه المقدسى بحثا منه رحمه الله تعالى بأن من المقرر أن النادر لاحكم له ، فلو العطب قليلا والسلامة أغلب فلا ضمان سواء سافر برا أو بحرا ، وبالعكس يضمن ، يعلم ذلك من هنا ومن قولهم للمضارب السفر برا أو بحرا ، ومن قولهم يجب الحج إذا كان الأغلب السلامة ولو بحرا ، وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان كما هو مشاهد فتدبر اهـ انتهى . وأجيب أيضا بأن التقييد مستفاد من تعليله اهـ .

أقول : وحيث كانت العلة الخوف وهو أيضا منتف بسفينة التجار فى زماننا المعروفة بالبابور فإن الغالب فيها السلامة لأن التجار الآن لاتطمئن قلوبهم فى إرسال أموالهم إلا بها بحرا ، وإذا انتفت العلة انتفى المعلول . على أنا قدمنا ويأتى أن العبرة فى حفظ الوديعة العرف ، وحيث كان العرف كذلك فينبغى أن يقال لافرق بين السفر بها برا أو بحرا فى البابور ، فتأمل وراجع ، وقيد بالمودع لأن الأب أو الوصى إذا سافر بمال اليتيم لايضمن إجماعا . والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه إن قيد الوكالة بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فأخرجها

ولو لها حمل درر (عند عدم نهى المالك و) عدم (الخوف عليها) بالإخراج ؛ فلو نهاه أو خاف ، فإن له بد من السفر ضمن ، وإلا فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا اختيار .

من الكوفة يصير ضامنا عندنا ؛ وإن أطلق للوكالة فسافر به ، إن كان شيء له حمل ومؤنة يكون ضامنا ، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لايصير ضامنا عندنا إذا لم يكن له بد من السفر وإن كان له بدّ من السفر لايكون ضامنا عند أبي حنيفة طال الخروج أم قصر .

وقال أبو يوسف : إن طال الخروج يكون ضامنا ، وإن قصر لايكون ضامنا ، كذا فى فتاوى قاضيخان ويأتى تمامه قريبا (قوله ولو لها حمل) فسره فى الجوهرة بما يحتاج فى حمله إلى ظهر أو أجرة حمال اه مكى .

وفى الهندية عن المضمرات : لو كانت طعاما كثيرا فسافر بها فهلك الطعام فإنه يضمن استحسانا اه .

وذكر فى المنح : ولا يضمن ولو كان الخروج طويلا ، ومؤنة الرد على المالك . قال فى التبيين : وما يلزم الآمر من مؤنة الرد ضرورة صحة أمره فلا يعد ذلك إضرارا به اه .

قال الزيلعى : وقال محمد : لايخرج بما له حمل ومؤنة اه وجعله فى العناية قول الثانى أيضا . ثم قال : لكن قيل عند الثانى إذا كان بعيدا . وعند محمد مطلقا قريبا كان أو بعيدا اه . واستثنى فى شرح القدورى الطعام الكثير فإنه يضمن إذا سافر به استحسانا ، ونقله فى البحر .

وفيه عن قاضيخان للمودع أن يسافر بمال الوديعة إذا لم يكن له حمل ومؤنة .

وتعقبه الحموى بأن مافى الخانية من اشتراط عدم الحمل والمؤنة مبنى على قولهما . أما على قول أبى حنيفة فيسافر بها مطلقا عند عدم النهى (قوله عند عدم نهى المالك وعدم الخوف عليها) قال : إذا لم يعين مكان الحفظ أو لم ينه عن الإخراج نصا بل أمره بالحفظ مطلقا فسافر بها ، فإن كان الطريق مخوفا فهلكت ضمن بالإجماع ، وإن كان آمنا ولا حمل لها ولا مؤنة لايضمن بالإجماع ، وإن كان لها حمل ومؤنة ، فإن كان المودع مضطرا فى المسافرة بها لايضمن بالإجماع ، وإن كان له بدّ من المسافرة بها فلا ضمان عليه قربت المسافة أو بعدت .

وعلى قول أبى يوسف إن بعدت يضمن وإن قربت لا ، هذا هو الملخص والمختار ، وهذا كله إذا لم ينه عنها ولم يعين مكان الحفظ نصا ؛ وإن نهاه نصا وعين مكانه فسافر بها وله منه بدّ ضمن كذا فى الفتاوى العتابية .

إن أمكنه حفظ الوديعة فى المصر الذى أمره بالحفظ فيها مع السفر بأن يترك عبدا له فى المصر المأمور به أو بعض من فى عياله ، فإذا سافر بها والحالة هذه ضمن ، وإن لم يمكنه ذلك بأن لم يكن له عيال أو كان إلا أنه احتاج إلى نقل العيال فسافر فلا ضمان كذا فى التاترخانية هندية من الباب الثالث من كتاب الوديعة (قوله فإن له بد من السفر) هذا التفصيل فى الصورتين كما أفاده الزيلعى وقد علمته من عبارة الهندية (قوله فإن سافر بنفسه ضمن) أى لو كان له أهل لم يسافروا معه لأن له بدا من السفر بها .

[فرع] من استؤجر لحفظ عين أو وكل ببيعها ليس له أن يسافر بها ، وكذا إذا قيد الإيداع بمكان .

وفى المقدسى عن النسفى : للوكيل بالبيع أن يدفع العين إلى السمسار (قوله فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا) لأنه يمكنه أن يحفظها بعياله ، وقدمناه عن الهندية معزيا للتاترخانية .

والحاصل أن عند أبى حنيفة له أن يسافر بها مطلقا أى سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا ، وسواء له بدّ من السفر أو لا ، ولا فرق بين الطويل والقصير . وعندهما ليس له السفر بها إذا كان لها حمل ومؤنة وطالت مدة السفر ، وهذا الخلاف فى خصوص ماله حمل ومؤنة مع طول مدة السفر ؛ أما ماليس له حمل ولا مؤنة ولم تطل مدة سفره فله السفر بها اتفاقا عند عدم النهى والخوف ، وكذا مع النهى والخوف أيضا إن لم يكن له من السفر

(ولو أودعا شيئا) مثليا أو قيميا (لم) يجز أن (يدفع المودع إلى أحدهما حظه فى غيبة صاحبه) ولو دفع هل يضمن ؟ فى الدرر نعم .

بد كما سبق . وفى خصوص ما إذا أمكنه الحفظ فى المصر بأن كان بعض عياله ثمة ولم يحتج إلى نقلهم . أما لو لم يمكنه بأن لم يكن أو كان ولكن احتاج إلى نقلهم لايضمن بالإجماع ، وإن سافر بنفسه من غير عياله يضمن وبه صرح فى البحر عن الخانية كما يستفاد ذلك من أبى السعود ، وهذا كله فى سفر البر كما علمت ، أما فى البحر فليس له أن يسافر فى قولهم جميعا إلا على مابحثه أبو السعود وأيدناه بما تقدم قريبا فلا تنسه (قوله ولو أودعا شيئا مثليا أو قيميا) لكن عدم جواز الدفع فى القيمى بإجماع ، وفى المثلى خلاف الصاحبين فإنهما قالا بجواز دفع حظه له قياسا على الدين المشترك . وفرق أبو حنيفة بينهما بأن المودع لايملك القسمة بينهما فكان تعديا على ملك الغير ، وفى الدين يطالبه بتسليم حقه إذ الديون تقضى بأمثالها فكان تصرفا فى مال نفسه كما فى البحر (قوله لم يجز) قدره بناء على ماسيأتى من أنه لو دفع لم يضمن فلم يبق المراد بنفى الدفع إلا عدم الجواز وسيأتى مافيه .

وفى البحر : وأشار بقوله لم يدفع إلى أنه لايجوز له ذلك حتى لايأمره القاضى بدفع نصيبه إليه فى قول أبى حنيفة ، وإلى أنه لو دفع إليه لايكون قسمة اتفاقا ، حتى إذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها اه .

قال المقدسى : قلنا بل يطالبه بدفع حظ الغائب لأنه يطلب المقرر وحقه مشاع ، ولا يتميز إلا بالقسمة ولا يملكها ، ولذا لايقع دفعه قسمة ، فلو هلك الباقى رجع صاحبه ، وإذا لم يقع قسمة كان متعديا فى النصف فيضمن ، وفى الدين يطالبه بتسليم حقه لأن الدين يقضى بمثله فتصرف فى ملكه ولا قسمة .

[تتمة] فى أبى السعود : الغريم المديون أن يأخذ وديعته إن ظفر بها ، وليس للمودع الدفع إليها شيخنا ، وإذا مات المودع بلا وارث كان للمودع صرفها إلى نفسه إن كان من المصارف وإلا صرفها إلى المصرف اه وعزاه إلى الحموى عن البزازية (قوله ولو دفع هل يضمن) أى نصيب الغائب وهو نصف المدفوع إن هلك الباقى فى القسمة أولا يضمن لأن لأحد الشريكين أن ينتفع بحصته فى المثلى ، قال بالأول الإمام وبالثانى الصاحبان .

واعلم أنهم قالوا إذا دفع لايكون قسمة اتفاقا ، حتى إذا هلك الباقى رجع الغائب على الآخذ بحصته .

وفى الهندية : إذا دفع المودع إلى الحاضر نصفها ثم هلك مابقى وحضر الغائب .

قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد ، وإن كان بغير قضاء فإن الذى حضر اتبع الدافع بنصف مادفع ويرجع به الدافع على القابض ، وإن شاء أخذ من القابض نصف ماقبض كذا فى الذخيرة ، فإن هلك مافى يد المودع هلك أمانة بالإجماع ينابيع : ولو هلك المقبوض فى يد القابض فليس له أن يشارك الغائب فيما بقى غاية البيان ، فأفاد أن المودع لو دفع الكل لأحدهما بلا قضاء وضمنه الآخر حصته من ذلك فله الرجوع بما ضمنه على القابض وهذا على قول أبى يوسف (قوله فى الدرر نعم) أى يضمن ، فى فتاوى قاضيخان مايفيده ، ولفظه : ثلاثة أودعوا رجلا مالا وقالوا لاتدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم . قال محمد : فى القياس يكون ضامنا وبه قال أبو حنيفة ، وفى الاستحسان لايضمن وهو قول أبى يوسف اه فلو لم يقل لاتدفع حتى نجتمع هل يضمن بالدفع أى بناء على الاستحسان الذى يأتى

و البحر : الاستحسان لا فكان هو المختار .

(فإن أودع رجل عند رجلين مايقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلى شراء (ولو دفعه) أحدهما (إلى صاحبه ضمن) الدافع (بخلاف مالا يقسم) لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر :

(ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ فى هذا البيت فدفعها إلى ما لابد منه أو حفظها فى بيت آخر من

ذكره قريبا ؟ ظاهر تقييدهم أنه لايضمن إلا أن يأتيا بالوديعة حاملين لها وسلماها كذلك ، أما إذا سلمها أحدهما بحضرة الآخر فظاهر أنه يدفع لمن سلمه وحضور الآخر لايقتضى كونه مودعا لجواز أن يكون شاهدا له ونحوه كذا أفاده الحموى .

من مناقب الإمام ، أن اثنين أودعا الحمامى شيئا فخرج أحدهما وأخذ الوديعة وانصرف فخرج الآخر وطلبها منه فلم يخبره الحمامى واستمهله وانطلق إلى الإمام رحمه الله تعالى فأخبره فقال له قل له أنا لاأعطى الوديعة إلا لكما معا فانصرف ولم يعد زيلعى (قوله وفى البحر الخ) أى فى المثلى كالمثال الذى ذكره فى البحر عن الخانية أما فى القيمى فيضمن اتفاقا لأنه لا يقسم بدون حضور الشريك أو نائبه (قوله فكان هو المختار) تعقبه المقدسى فقال كيف يكون هو المختار مع أن سائر المتون على قول الإمام . وقال الشيخ قاسم أختار قول الإمام النسفى والمحبوبى والموصلى وصدر الشريعة . وقال المقدسى : وقول بعضهم عدم الضمان هو المختار مستدلا بكونه الاستحسان مخالف لما عليه الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه متفقون ، كذا فى حاشية أبى السعود عن الحموى (قوله اقتسماه) أى الرجلان المودعان بفتح الدال وذكر الرجل استطرادى (قوله وحفظ كل) أى كل واحد منهما نصفه ، لأنه لا يمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة ، والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (قوله وعدلى رهن) أى العدلين اللذين وضع عندهما الرهن فهو بفتح العين تثنية عدل كذلك ، فإنهما يقسمان المثلى ويحفظ كل نصيبه ، فإن دفع أحدهما نصيبه إلى الآخر ضمن مادفع (قوله ووكيلى شراء) بأن دفع لهما ألفا يشتريان به عبدا اقتسما الألف ، فإن دفع أحدهما نصفه ضمن الدافع وأجمعوا أن المدفوع إليه لا يضمن لأنه مودع المودع هندية (قوله ضمن) أى النصف فقط (قوله الدافع) أى لا القابض لأنه مودع المودع بحر ، وهذا عند أبى حنيفة . وقالا : لا يضمنان به كذا أفاده مسكين ، ومثله فى الهداية . وقول أبى حنيفة أقيس لأن رضاه بأمانة اثنين لايكون رضا بأمانة واحد ، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لايصير راضيا بحفظ أحدهما للكل كما فى البيانية (قوله بخلاف مالا يقسم) فسر مالا يقسم بالمكيلات والموزونات ، ومثلهما كل مالا يتعيب بالتقسيم ، ومالا يقسم هو مايتعيب بالتقسيم الحسى اه مكى .

قال السيد الحموى : وإذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم كان لهما التهايؤ فى الحفظ كذا فى الخلاصة ، فلو دفعه زائدا على زمن التهايؤ ينظر اه (قوله لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر) أقول : الصواب فى التعليل أن يقول لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظها دائما كان راضيا بحفظ أحدهما (قوله فدفعها إلى مالا بد منه) من عياله وغيرهم كدفع الدابة إلى عبده وما يحفظه النساء إلى عرسه درر ، وهذا إنما يظهر فى صورة ما إذا منعه عن الدفع إلى بعض معين من عياله لا فى النهى عن الدفع إلى العيال مطلقا ، ثم عدم الضمان فيما إذا دفع إلى بعض عياله وقد نهى عن الدفع إليه ، محله إذا كانت الوديعة مما يحفظ فى يد من منعه . أما لو كانت لاتحفظ عنده عادة فنهاه عن الدفع إليه فدفع ضمن ، كما لو كانت الوديعة فرسا فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه ودفع ضمن أفاده الزيلعي .

﴿ الدار ، فإن كانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ) أو أحرز (لم يضمن وإلا ضمن

ومن حوادث الفتوى : شرط على المودع الحفظ بنفسه فحفظ بزوجته هل يضمن للمخالفة أولا ، والذى يظهر من كلامهم عدم الضمان حموى .

وأقول : ينبغى أن يقيد عدم الضمان بالدفع إلى الزوجة بما إذا كانت الوديعة نحو عقد ، فلو كانت نحو فرس ضمن أبو السعود .

وفيه : قوله وإن كان له منه بد هذه المسئلة صادقة بصورتين .

الأولى أن تكون الوديعة شيئا خفيفا يمكن المودع الحفظ بنفسه كالخاتم فإنه يضمن بدفعه إلى عياله .

الثانية أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع إليه بحر .

فإن قلت : هذا إنما يتجه أن لو منعه من الدفع إلى بعض معين من عياله وهو خلاف ما يستفاد من قول المصنف ولو قال لا تدفع إلى عيالك .

قلت . مبنى هذا الإشكال ما هو المتبادر من أن قوله وإن كان له منه بد مرتبط بقوله ولو قال لا تدفع إلى عيالك وليس كذلك ولهذا شرح العينى قول المصنف أى الكنز وإن كان له منه بد بقوله بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها إلى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه اهـ (قوله لم يضمن) لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه لأن التقييد غير مفيد لأن الدار حرز واحد بدليل أن السارق إذا أخذ من بيت من الدار فنقل إلى بيت آخر لم يقطع لعدم هتك الحرز والحرز الواحد لا فائدة فى تخصيص بعضه دون بعض ، وما لا فائدة فى تخصيصه فى الأمر يسقط فى الإيداع ، كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك أوضعها فى يمين البيت دون يساره ، وكما لو قال فى كيسك هذا فوضعها فى غيره أو فى الصندوق ، أو احفظ فى الصندوق ولا تحفظ فى البيت فحفظ بالبيت فإنه لا يضمن ؛ لكن قد يفرق بين الحرز فى السرقة والحرز فى الوديعة ، وذلك أن المعتبر فى قطع السارق هتك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحروزات ، والمعتبر فى ضمان المودع التقصير فى الحفظ ، ألا ترى أنه لو وضعها فى داره الحصينة فخرج وكانت زوجته غير أمينة يضمن ، ولو أحد سرقها يقطع لأن الدار حرز وإنما ضمن للتقصير فى الحفظ ، ولو وضعها فى الدار وخرج والباب مفتوح ولم يكن فى الدار أحد أو فى الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع أنه لا يقطع سارقها ونظائر هذا كثيرة ، فإذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر فى السرقة لزم أن لا يضمن فى هذه المسائل ونحوها ، فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه فى هذا الباب ، فظهر يقينا صحة ما قلنا من الفرق ، والله تعالى أعلم .

قال فى البزازية : ولو قال وضعتها بين يدى وقمت ونسيتها فضاعت يضمن . ولو قال : وضعتها بين يدى فى دارى والمسئلة بحالها إن مما لا يحفظ فى عرصة الدار كصرة النقدين يضمن ، ولو كان مما يعد عرصتها حصناله لا يضمن اهـ ومثله فى الخلاصة والفصولين والذخيرة والخانية وغيرها ، وظاهره أنه يجب كل شىء فى حرز مثله ، وفى السرقة يعتبر فى ظاهر المذهب كل ما كان حرزا لنوع فهو حرز لكل الأنواع . وعليه فقد ظهر الفرق بين الحرزين .

ففى السرقة يقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل ، ولو كانت وديعة وضعها فى الإصطبل وهلكت يضمن المودع لأن الإصطبل ليس حرز مثلها ويه ظهر جواب حادثة . وهى أن مودعا وضع بقجة شال غالية الثمن فى إصطبل الخيل فسرقت . والجواب أنه يضمن وإن قطع سارقها والله تعالى أعلم (قوله وإلا ضمن) أى فى المسئلتين

لأن التقييد مفيد .

(ولا يضمن مودع المودع) فيضمن الأول فقط إن هلكت بعد مفارقته ،

وهى : دفعها إلى من لا بد منه ، بأن دفعها إلى من له منه بد أى انفكاك وفرقة . والثانية حفظها فى بيت آخر والبيوت مستوية بأن حفظها فى بيت والبيوت مختلفة . قال فى البدائع والأصل المحفوظ فى هذا الباب ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد والعمل به ممكن فهو معتبر ، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهنا إنما ضمن لأن التقييد مفيد كما قال الشارح ، كما إذا كان ظهر البيت المنهى عنه إلى السكة كما فى البحر أى فإنه يضمن لأنه متعد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال أى فيما إذا نهاه عن الدفع إلى زوجته أو غلامه وللمودع زوجته أو غلام آخر ولتفاوت البيوت فى الحفظ .

بقى لو أمره بالحفظ فى دار فحفظ فى دار أخرى ، فالذى ذكره شيخ الإسلام الضمان وإن كانت الثانية أحرز .

والذى فى شرح الطحاوى : إذا كانت الدار التى خبأها فيها والدار الأخرى فى الحرز على السواء ، أو كانت التى خبأها فيها أحرز فلا ضمان عليه سواء نهاه عن الخبء فيها أو لم ينهه ، كذا فى المحيط . ولو قال : احفظها فى هذه البلدة ولا تحفظها فى بلدة أخرى فحفظها فى البلدة المنهية ضمن بالاتفاق اهـ هندية (قوله لأن التقييد مفيد) أى والنهى عن الوضع فى الدار الأخرى مفيد لأن الدارين يختلفان فى الأمن والحفظ فصح الشرط وأمكن العمل به . وأما البيتان فى دار واحدة فقلما يختلفان فى الحرز ، فالمتمكن من الأخذ من أحدهما يتمكن من الأخذ من الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به أيضا فلا يعتبر وكذا الصندوقان ، فإن تعيين الصندوق فى هذه الصورة لا يفيد ، فإن الصندوقين فى بيت واحد لا يتفاوتان ظاهر إلا أن يكون لهما : أى للبيت والصندوق خلل ظاهر فحينئذ يفيد الشرط ويضمن بالخلاف ، وكذا لو كان البيت أو الصندوق المأمور بالحفظ فيه أحرز من المنهى عن الوضع فيه فحينئذ يضمن أيضا كما بينا . وذكر شيخ الإسلام خراهر زاده أنه يضمن بالحفظ المنهى عنه مطلقا كما فى الظهيرية ، وعليه كلام الذخيرة كما علمته من كلام الهداية المار قريبا (قوله ولا يضمن مودع المودع) أى بالهلاك عنده ، أما لو استهلكه ضمن ، ومودع الغاصب لو رده على الغاصب برئ ، كما أن غاصب الغاصب لو رد على الغاصب برئ كما سيذكره فى الغصب ذكره الخير الرملى (قوله فيضمن الأول) اذا دفع إلى غير من فى عياله بغير إذن ولا ضرورة كحرق در منتقى ، وإنما ضمن الأول لأنه ترك الحفظ دون الثانى لأنه أخذ المال من أمين ولم يترك الحفظ وهذا قول الإمام . وعندهما يضمن المالك أيهما شاء ، فإن ضمن الأول لم يرجع على الثانى لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمن الثانى رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهد .

لهما أن الأول جنى بالتسليم إلى الثانى بغير إذن المالك والثانى تعدى بالقبض بلا إذنه فيميل المالك إلى أيهما شاء . وللإمام أن الأول لا يضمن بالدفع إلى الثانى مالم يفارقه لأن حفظه لا يفوت مادام فى مجلسه والمالك إنما رضى بحفظه ورأيه لا بصورة يده بدليل أنها لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالإجماع ، فإذا فارق الأول الثانى ضمن لأنه صار مضيعا ، والثانى أمين استمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه تعد ولم يكن متعديا من الابتداء بالقبض فلا ينقلب متعديا من غير إحداث فعل زيلعى . وهنا ضمن فى إيداع قصدى ، لأنه لو كان ضمنيا قيل لا يضمن ، كما لو دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدى الثيابى قيل يضمن لأنه إيداع

وإن قبلها لاضمان .

ولو قال المالك هلكت عند الثانى وقال بل ردها وهلكت عندى لم يصدق ، وفى الغصب منه يصدق لأنه أمين سراجية .

وفى المجتبى : القصار إذا غلط فدفع ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن .

وعن محمد : أصاب الوديعة شىء فأمر المودع رجلا ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء ، لكن إن ضمن المعالج رجع على الأول إن لم يعلم أنها لغيره وإلا لم يرجع اه

المودع كما قدمناه عن جامع الفصولين معزيا للذخيرة . وفيه معزيا للمحيط : لايضمن لأنه إيداع ضمنى وإنما يضمن بإيداع قصدى اه .

ومن هذا القبيل ما فى الدرر : أودع حر عبدا محجورا فأودع المحجور محجورا مثله وضاع المودع ضمن الأول فقط بعد العتق لأنه سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط فى حق المولى ، ولا يضمن الثانى لأنه مودع المودع .

وصورة المسألة : أودع عند رجل وديعة فأودعها المودع عند شخص آخر من غير عياله فهلكت مسكين (قوله لاضمان) لأن حفظه لايفوت مادام فى مجلسه الخ ولو استهلك الثانى الوديعة ضمن بالاتفاق ولصاحب الوديعة أن يضمن الأول ويرجع على الثانى وأن يضمن الثانى ولا يرجع ط (قوله لم يصدق) لأنه يدعى زوال سبب الضمان بعد ثبوته والمالك ينكره فالقول للمالك بيمينه والبينة للمودع . قال فى جامع الفصولين : لم يصدق لأنه أقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق إلا ببينة اه ووجوب الضمان عليه هنا كونه أودع عند الغير والإيداع إلى الغير موجب للضمان فلا يصدق فى رفع الموجب (قوله وفى الغصب منه يصدق) يعنى لو غصب الوديعة من المودع غاصب وهلكت فأراد المالك أن يضمن الغاصب فقال المودع رده علىّ وهلك عندى وقال لا بل هلك عنده فالقول قول المودع إذ لم يفعل المودع مايوجب الضمان ، فهو على ما كان أمين عند الرد وقبله وبعده ، بخلاف دفعه للأجنبى لأنه موجب للضمان سائحانى (قوله لأنه أمين) ولم يوجد منه تعدّ يوجب الضمان (قوله فكلاهما ضامن) أى كل من القصار وقاطع الثوب ، وللمالك الخيار فى تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن القصار رجع بما ضمنه على قاطع الثوب ، وإن ضمن القاطع لارجوع له على القصار .

ونظير هذه المسألة ذكره مؤيد زاده عن جامع الفصولين : لو دفع القصار إلى المالك ثوب غيره فأخذه على ظن أنه له ضمن والجهل فيه ليس بعذر .

طلب ثوبه من قصار فقال دفعت ثوبك إلى رجل ظننت أنه ثوبه ضمن القصار كثيابى حمام سلم إليه رجل ثيابه ليحفظها فقال الثيابى خرج رجل ولبس ثيابك فظننت أنها له اه (قوله فلربها تضمين من شاء) المودع لتعديه بما لم يؤمر به والمعالج لمباشرته سبب الهلاك ط (قوله رجع على الأول) فى جامع الفصولين رامزا للذخيرة : مرضت دابة الوديعة فأمر المودع إنسانا فعالجها ضمن المالك أيهما شاء ، فلو ضمن المودع لايرجع على المعالج ولو ضمن المعالج رجع على المودع علم أنها للغير أولا إلا إن قال المودع ليست لى ولم أومر بذلك فحينئذ لايرجع اه تأمل ، ومثله فى نور العين رامزا للاستروشنية ومجموع النوازل ، لكن قال فى الهندية : فإن ضمن المودع لا يرجع على أحد ، وإن ضمن المعالج ، إن علم أنها ليست له لا يرجع عليه ، وإن لم يعلم أنها لغيره أو ظنها رجع عليه ومثله فى القهستانى وهذا هو المناسب لما هنا . وأما ما ذكره فى الفصولين واستظهره صاحب الدرر من أنه يرجع وإن علم أن المودع غاصب فى معالجة الوديعة بلا إذن صاحبها ، وما ذكره من قوله خلافا لما نقله

(بخلاف مودع الغاصب) فيضمن أيا شاء . وإذا ضمن المودع رجع على الغاصب وإن علم على الظاهر

القهستانى الخ يوافق ما ذكره الشارح فيما لو عالج الوديعة بإذن المودع كما نبه عليه فليتأمل . اللهم إلا أن يحمل قوله إلا إن علم أى بإخبار المودع صراحة ، بأن قال للمعالج ليست لى ولم أومر بذلك . وأما إذا لم يقل ذلك فلايعد عالما ، وبه يحصل التوفيق بين كلام الشارح والهندية وبين الجامع ونور العين وإن لم أره مسطورا فى كلامهم والله تعالى أعلم .

وأقول : خلاصة ما ذكرناه أن صاحب الدابة إذا ضمن من عالجها بأمر المودع فعطبت يرجع على المودع إلا إذا قال المودع حين دفعها للمعالج ليست لى ولم أومر بذلك على ما فى الفصولين ومثله فى نور العين عن الاستروشنية . وفى الهندية عن الجوهرة والشارح عن المجتبى أن صاحب الدابة إذا ضمن من عالجها فعطبت يرجع على المودع إن لم يعلم أى المعالج أنها لغير المودع وإلا لم يرجع ، وهذا الذى يعول عليه حيث صرح فى صدر عبارته بالرواية عن الإمام عن محمد رحمه الله تعالى فلا يعدل عنه ، والله تعالى أعلم (قوله بخلاف مودع الغاصب) قال فى البحر : والفرق بينهما على قول أبى حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء ، وفى الأول ليس بغاصب لأنه لا يضمن المودع بمجرد الدفع ما لم يفارقه : فإن فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق لترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الأول ، وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل بل هو أمين فيه فلا يضمن ما لم يوجد منه تعد اه (قوله فيضمن أيا شاء) قال فى شرح الزيادات : رجل غصب جارية فأودعها رجلا فأبقت منه ثم استحقت كان له الخيار يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن الغاصب برئ المودع وكانت الجارية ملكا للغاصب ، وإن ضمن المودع كان للمودع أن يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه عامل له وتصير الجارية بنفس تضمينه ملكا للغاصب ، حتى لو أعتقها الغاصب جاز ولو أعتقها المودع لا يجوز . ولو كانت محرما من الغاصب عتقت عليه لا على المودع إذا ضمنها لأن قرار الضمان على الغاصب لأن المودع وإن جاز تضمينه فله الرجوع بما ضمن على الغاصب والمودع لكونه عاملا له فهو كوكيل الشراء .

ولو اختار المودع بعد تضمينه أخذها بعد عودها ولا يرجع على الغاصب لم يكن له ذلك ، وإن هلكت فى يده بعد العود من الإباق كانت أمانة وله الرجوع على الغاصب بما ضمن ، وكذا إذا ذهبت عينها ، وللمودع حبسها عن الغاصب حتى يعطيه ما ضمنه للمالك فإذا هلكت بعد الحبس هلكت بالقيمة ، وإن ذهبت عينها بعد الحبس لم يضمنها كالوكيل بالشراء لأن الغاية وصف وهو لايقابله شىء ، ولكن يتخير الغاصب إن شاء أخذها وأدى جميع القيمة ، وإن شاء ترك كما فى الوكيل بالشراء ، ولو كان الغاصب أجرها أو رهنها فهو والوديعة سواء ، وإن أعارها أو وهبها ، فإن ضمن الغاصب كان الملك له ، وإن ضمن المستعير أو الموهوب له كان الملك لهما لأنهما لايستوجبان الرجوع على الغاصب فكان قرار الضمان عليهما فكان الملك لهما ، ولو كان مكانهما مشتر فضمن سلمت الجارية له ، وكذا غاصب الغاصب إذا ضمن ملكها لأنه لايرجع على الأول فتعتق عليه لو كانت محرما منه ، وإن ضمن الأول ملكها فتعتق عليه لو كانت محرمه ، ولو كانت أجنبية فللأول الرجوع بما ضمن على الثانى لأنه ملكها فيصير الثانى غاصبا ملك الأول ، وكذا لو أبرأه المالك بعد التضمين أو وهبها له كان له الرجوع على الثانى ، وإذا ضمن المالك الأول ولم يضمن الأول الثانى حتى ظهرت الجارية كانت ملكا للأول ، فإن قال أنا أسلمها للثانى وأرجع عليه لم يكن له ذلك لأن الثانى قدر على رد العين فلايجوز تضمينه ، وإن رجع الأول على الثانى ثم ظهرت كانت للثانى اه وتمام التفريعات فيه فليراجعه من رامه .

درر خلافا لما نقله القهستانى والباقانى والبرجندى وغيرهم فتنبه :
(معه ألف ادعى رجلان كل منهما أنه له أودعه إياه فنكل) عن الحلف (لهما فهو لهما وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر فالألف لمن نكل له .
(دفع إلى رجل ألفا وقال ادفعها اليوم إلى فلان

مطلب مودع الغاصب لو استهلكها لا يرجع على الغاصب إذا ضمنها

وإذا ضمنها الغاصب يرجع على المودع

قال المقدسى : قلت فلو استهلكها مودع الغاصب فغرم الغاصب ينبغى أن يرجع ، ولو غرم هو لا يرجع (قوله درر) وجزم به فى البحر وأصله فى التبيين . وعبارته : ثم مودع الغاصب إن لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا ، وإن علم فكذلك فى الظاهر .
وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع وإليه أشار شمس الأئمة ذكره فى النهاية (قوله خلافا لما نقله القهستانى الخ) أى من أنه لا يرجع ، وهو الموافق لما جزم به الشارح فيما لو عالج الوديعة بإذن المودع كما مر التنبيه عليه ؛ وعبارة القهستانى : وإنما يرجع على الغاصب إذا لم يعلم أنه غصب كما فى العمادية اه (قوله فتنبه) أشار بالتنبيه إلى ما حررناه قريبا .
أقول : والحاصل أن المودع لو دفع الوديعة إلى أجنبى بلا عذر فللمالك أن يضمنه فقط بلا رجوع على الثانى إلا إذا استهلكها .
وعندهما له أن يضمن أيا شاء . فإن ضمن الثانى رجع على الأول . وأجمعوا على ذلك فى الغاصب مع مودعه فللمالك تضمين أى شاء ؛ لكن إن ضمن الثانى رجع على الأول بما ضمن إن لم يعلم أنها غصب كما فى القهستانى عن العمادية (قوله فنكل لهما) أى أنكر ، وليس له عليهما بينة .
وصور هذه المسألة ستة : أقر لهما نكل لهما حلف لهما أقر لأحدهما ونكل للآخر أو حلف نكل لأحدهما وحلف للآخر .
واعلم أنه إذا حلف لأحدهما لم يقض له حتى يحلفه للثانى لينكشف وجه القضاء ، بخلاف ما لو أقر لأحدهما ايحكم له إذ الإقرار حجة بنفسه والنكول حجة بالقضاء ، ولذا لو نكل فحلف برىء مقدسى .
وفيه : ولو قال أودعنيها أحدكما فليس له الامتناع إن اصطلحا وليس عليه ضمان ولا استحلاف ، فإن لم يصطلحا فلكل أن يستحلف كما تقدم وتمام تفصيلها فى الزيلعى (قوله فهو لهما) لعدم الأولوية وعليه ألف آخر لإقراره به أو لبذله إياه على اختلاف الأصلين ولأيهما بدأ القاضى بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما أو عدم الأولوية .
والأولى عند التشاحن أن يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل ، فإن نكل للأول لا يقضى به لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لأحدهما ، ولا ضرر عليه فى التأخير لأنه لا يقضى للمتقدم حتى يحلف للمتأخر (قوله ولو حلف لأحدهما) فى التحليف للثانى يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها ، لأنه لو أقر بها للأول ثبت الحق فيها فلا يفيد إقراره بها للثانى ، فلو اقتصر على الأول لكان صادقا بحر (قوله فالألف لمن نكل له) دون الآخر لوجود الحجة فى حقه دونه ، ولو حلف لهما فلا شىء لهما لعدم الحجة زيلعى (قوله دفع إلى رجل ألفا وقال ادفعها اليوم الخ) أقول : ذكر فى الخانية قولين فى المسألة : إذا كان بعد الطلب قال مودع

فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن) إذ لايلزمه ذلك (كما لو قال له احمل إلى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلكت لم يضمن لأن الواجب عليه التخلية عمادية .

(قال) رب الوديعة (للمودع ادفع الوديعة إلى فلان فقال دفعت وكذبه) فى الدفع (فلان وضاعت) الوديعة (صدق المودع مع يمينه) لأنه أمين سراجية .

(قال) المودع ابتداء (لا أدرى كيف ذهبت لا يضمن على الأصح ، كما لو قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت) فإن القول قوله ، بخلاف قوله لا أدرى أضاعت أم لم تضع أو لا أدرى وضعتها أو دفنتها فى دارى أو موضع آخر فإنه يضمن ، ولو لم يبين مكان الدفع لكنه قال سرقت من المكان المدفون فيه لايضمن وتمامه فى العمادية .

قال له رب الوديعة إذا جاء أخى فرد عليه الوديعة فلما طلب أخوه منه قال له المودع بعد ساعة أدفعها إليك فلما عاد إليه قال له هلكت لايصدق لأنه متناقض ويكون ضامنا .

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : إذا طلب المودع وقال اطلبها غدا فأعيد الطلب فى الغد فقال قد ضاعت ، روى عن أصحابنا أنه يسأل المودع متى ضاعت ، إن قال ضاعت بعد إقرارى لا يضمن ، وإن قال كانت ضائعة وقت إقرارى لا يقبل قوله لأنه متناقض ويكون ضامنا لأن قوله اطلبها غدا إنما يكون للشىء القابل اه وقدمنا الكلام عليه بأوضح من ذلك (قوله فلم يدفعها الخ) أى إذا لم يطلبها المأمور بدفعها إليه ، أما لو طلبها فنعها منه فهو كما لو منعها من مالكها ، وقد تقدم الكلام فيه .

[فرع] فى البزازية : له على رجل دين فأرسل الدائن إلى مديونه رجلا ليقبضه فقال المديون دفعته إلى الرسول وقال أى الرسول : دفعته إلى الدائن وأنكره الدائن فالقول قول الرسول مع يمينه اه لكن الذى فى نور العين القول للمرسل بيمينه فتأمل . وفى البزازية أيضا : قال الدائن ابعث الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون (قوله احمل إلى) أى اليوم كما فى الهندية . ويؤخذ من السياق واللحاق (قوله وضاعت) يعنى غابت ولم تظهر ولاحاجة إليه (قوله صدق المودع مع يمينه) أى فى براءة ذمته من الوديعة لا فى إلزام المدفوع إليه (قوله لا يضمن على الأصح) مقتضاه أن الأجير المشترك لا يضمن ، لكن أفتى الخير الرملى بالضمان فى حاشية الفصولين حيث قال : وفى البزازية فى متفرقات الإجارة من نوع فى المتفرقات : دفع إلى المشترك ثورا للرعى فقال لا أدرى أين ذهب الثور فهو إقرار بالتضييع فى زماننا اه . ولا يخفى أنه ليس مذهب أبى حنيفة وانظر إلى قوله فى زماننا اه (قوله بخلاف قوله لا أدرى أضاعت أم لم تضع) هذا مخالف لما فى جامع الفصولين ونور العين وغيرهما ، من أنه لا يضمن على الأصح وهكذا رأيته فى نسخة المنح ، لكن لفظة لا ملحقة بين الأسطر وكأنها ساقطة من النسخ فنقلها الشارح هكذا فتنبه :

نعم نقل فى العمادية بعدها : ولو قال لا أدرى أضيعتها أم لم أضيع يضمن لأنه نسب الإضاعة إلى نفسه فكان ذلك تعديا منه كما يأتى قريبا (قوله لا يضمن) أى إن كان للكرم أو للدار باب ، وإن لم يكن لها باب يضمن هندية عن المحيط .

وفى نور العين عن قاضيخان قال : وضعتها فى دارى فنسيت المكان لايضمنه . ولو قال وضعتها فى مكان حصين فنسيت الموضع ضمن لأنه جهل الأمانة كما لو مات مجهلا .

صح : وقيل لا يضمن كقوله ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت ، ولو قال دفنت فى دارى أو فى موضع آخر ضمن ، ولو لم يبين مكان الدفن ولكن قال سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن .

عدة : لو دفنها فى الأرض يبرأ لو جعل هنالك علامة وإلا فلا. وفى المفازة ضمن مطلقا. ولو دفنها فى الكرم يبرأ لو حصينا بأن كان له باب مغلق . ولو وضعها بلا دفن برئ لو موضعا لا يدخل فيه أحد بلا إذن اه .

أقول : ولا تنس ما قدمناه من أنه إذا كان الموضع حرزا لتلك الوديعة وإلا يضمن مطلقا ومن أن العبرة للعرف كما نقلناه عن البزازية فتأمل .

وفيه : توجهت اللصوص نحوه فى مفازة فدفنها حذرا فلما رجع لم يظفر بمحل دفنه ، لو أمكنه أن يجعل فيه علامة ولم يفعل ضمن ، وكذلك لو أمكنه العود قريبا بعد زوال الخوف فلم يعد ثم جاء ولم يجدها لا لو دفنها بإذن ربها .

فظ : وضعها فى زمان الفتنة فى بيت خراب يضمن لو وضعها على الأرض لا لو دفنها اه .

وفى الهندية عن النوازل : إذا قال المودع سقطت الوديعة أو وقعت منى لا يضمن . ولو قال أسقطت أو تركتها يضمن .

قال الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى : لا يضمن فى الوجهين ، لأن المودع لا يضمن بالإسقاط إذا لم يترك الوديعة ولم يذهب ، والفتوى عليه ، كذا فى الخلاصة . ولو قال : لا أدرى أضاعت أو لم تضع لا يضمن . ولو قال لا أدرى أضيعتها أم لم أضيع يضمن كذا فى الفصول العمادية اه . وقدمنا وجهه لأنه نسب الإضاعة إلى نفسه ، فهذا وجه ما نقلناه ، وهى مسألة أخرى ، بخلاف قوله ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت ، وقوله أضاعت أم لم تضع الخ فلا فرق بينهما لأن مؤدى العبارتين واحد كما لا يخفى على من تأمل فتدبر .

قال فى نور العين : ولو قال أسقطت أو تركتها ضمن كذا فى ث . وطعنوا أن مجرد الإسقاط ليس بسبب ضمان ، إذ لو أسقطها فرفعها ولم يبرح حتى هلكت يبرأ ، فهنا لا يضمن بمجرد قوله أسقطت ، بل بشرط أن يقول أسقطت وتركت أو أسقطت وذهبت أو أسقطت فى الماء ونحوه . وقالوا فى قوله سقطت أو وقعت ينبغى الضمان للسقوط بتقصير فى الشد أو فى جعلها فى محل لا يحتملها فيكون كحال . وذكر أنه ينبغى أن لا يضمن بمجرد قوله أسقطت أو تركت إذ لا يفرق العامة بين سقطت وأسقطت . ولو قال ضاعت فالقول له . ولو قال لم يذهب من مالى شيء لا يضمن . ولو قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت فالقول له بيمينه . ولو قال ابتداء لا أدرى كيف ذهبت اختلف فيه المتأخرون . والأصح أنه لا يضمن اه .

أقول : لكن قدمنا عن العلامة الخير الرملى أنه أفتى بالضمان معللا بأنه تضييع فى زماننا فلا تنسه . وفيه المودع لو سقط شيء من يده على الوديعة يضمن اه . وفيه : نام ووضعها تحت رأسه أو بجنبه يبرأ ، وكذا بوضعه بين يديه فى الصحيح قالوا يبرأ فى الفصل الثانى لو نام قاعـــدا ، ولو مضطجعا ضمن فى الحضر لا فى السفر .

عدة : يبرأ لو قاعدا لا لو واضعا جنبه على الأرض ، وفى السفر لا يضمن ، ولو مضطجعا جعل ثياب الوديعة تحت جنبه ، لو قصد به السرقة ضمن لا لو للحفظ . ولو جعل الكيس تحت جنبه يبرأ مطلقا .

جعل دراهم الوديعة فى خفه ضمن فى الأيمن لا فى الأيسر لأنها فى اليمين على شرف سقوط عند ركوبه ، وقيل يبرأ مطلقا ، وكذا لو ربطها فى طرف كمه أو عمامته ، وكذا لو شدها فى منديل ووضعه فى كمه يبرأ ، ولو ألقاها فى جيبه ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن خلاصة ضمن .

[فروع] هدد المودع أو الوصى على دفع بعض المال ، إن خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع لم يضمن ، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن ، وإن خشى أخذ ماله كله فهو عذر كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان عمادية .

خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه ، ولو لم يرفع حتى فسد فلا ضمان .

ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع .

قرأ من مصحف الوديعة أو الرهن فهلك حالة القراءة لاضمان ، لأن له ولاية هذا التصرف صيرفية . قال : وكذا لو وضع السراج على المنارة .

وفيها : أودع صكا وعرف أداء بعض الحق ومات الطالب

ولو دخل الحمام وهى فى جيبه وتركه فى الساكودة فسرق ، قيل يضمن قاضيخان . جعلها فى جيبه وحضر مجلس فسق فضاعت بعد ما سكر بسرقة أو سقوط أو نحوهما ، قيل لايضمن لأنه حفظها فى محل يحفظ مال نفسه ، وقيل هذا إذا لم يزل عقله أما إذا زال ، فلو بحيث لايمكنه حفظ ماله يضمن لأنه عجز عن الحفظ بنفسه فيصير مضيعا أو مودعا غيره اه (قوله إن خاف الخ) ظاهر صنيعه أن المنظور إليه ما وقع عند المودع من خوف تلف نفسه أو عضوه أو حبسه أو أخذ ماله وإن كان التهديد مطلقا ، أما إذا كان صريحا بأحدها فالحكم ظاهر ط (قوله وإن خاف الحبس أوالقيد) أو التجريس كما فى الهندية (قوله وإن خشى أخذ ماله كله فهوعذر) لأنه يؤدى إلى تلف نفسه ، بخلاف ما لو أبقى له قوت الكفاية :

وفى الهندية : سلطان هدد المودع بإتلاف ماله إن لم يدفع إليه الوديعة ضمن إن بقى له قدر الكفاية ، وإن أخذ كل ماله فهو معذور ولا ضمان عليه كذا فى خزانة المفتين . قال ط : ولم يبين ما المراد بقدر الكفاية هل كفاية يوم أو شهر أو العمر الغالب فيحرر اه : والظاهر أن المراد بها هنا كفاية شهر أو يوم (قوله كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان) أى من غير تفصيل كما يؤخذ من المنح (قوله رفع الأمر للحاكم) أى على سبيل الأولوية (قوله ليبيعه) وإن لم يكن فى البلد قاض باعها وحفظ ثمنها هندية ، ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع ، ولو لم ينفق عليها المودع حتى هلكت يضمن لكن نفقتها على المودع منلا على عن حاوى الزاهدى .

وفى التاترخانية : غاب رب الوديعة ولا يدرى أحى هو أو ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها ، بخلاف اللقطة ، وإن أنفق عليها بلا أمر القاضى فهو متطوع ويسأله القاضى البينة على كونها وديعة عنده وعلى كون المالك غائبا ؛ فإن برهن ، فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به وإلا يأمره بالإنفاق يوما أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن ، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر ، لكن فى الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة ، وفى العبد بالزيادة على القيمة بالغة مابلغت ؛ ولو اجتمع من ألبانها شيء كثير أو كانت أرضا فأثمرت وخاف فساده فباعه بلا أمر القاضى ، فلو فى المصر أو فى موضع يتوصل إلى القاضى قبل أن يفسد ذلك ضمن (قوله فهلك حال القراءة) نص على المتوهم فلا ضمان بعدها بالأولى (قوله لأن له ولاية هذا التصرف) أى وهو القراءة ، وسيأتى آخر العارية ما نصه : أما كتب العلم فينبغى أن يجوز النظر فيها إذا كانت لاتتضرر بالنظر والتقليب ، ويكون كالاستظلال بالحائط والاستضاءة بالنار لا سيما إذا كان مودعا وعادة الناس فى ذلك المساهلة والمسامحة ، والاحتياط عدم النظر إلا بأمر (قوله وكذا لو وضع السراج) أى سراج الوديعة على المنارة أى على محل النور فإنه لا يضمن إذا تلف (قوله أودع صكا)

وأنكر الوارث الأداء حبس المودع الصك أبدا .

وفى الأشباه : لايبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين .

ليس للسيد أخذ وديعة العبد .

العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصى والناظر

أى له ، أما إذا كان لغيره وقد أودعه هو وجاء الذى له الصك يطلبه فلا يدفعه إليه وعليه الفتوى هندية (قوله وأنكر الوارث) أى وارث الطالب (قوله حبس المودع الصك) لما فيه من الإضرار ، وقد تقدم نحو هذا فى المصنف ، ولعله محمول على ما إذا كان المكتوب عليه يقر به إذا عرض عليه وإلا فمجرد الخط لايثبت الحق ، ثم ظاهر كلامه يعم ما لو أنكر الوارث لكونه لا يعلم الدفع (قوله أبدا) أى مالم يقر الوارث بالأداء أى بما قبض مورثهم (قوله لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث) الظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقا لما دفعه أولا ، وسواء كان الوارث مؤتمنا أولا . والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقا لما دفعه والوارث غير مؤتمن ، كما قيد بهما فى المودع إذا دفع الوديعة للوارث حموى ، لكن قال فى منية المفتى : إذا كان للميت وديعة عند إنسان وفى التركة دين فدفع المودع الوديعة إلى الوارث بغير أمر القاضى يضمن .

فى يده ألف وديعة لرجل مات وعليه ألف درهم دين معروف أنه عليه وترك ابنا معروفا فقضى المستودع الألف للغريم لم يضمن لأنه قضى إلى من له الحق وهو غريم الميت ، وليس للابن ميراث حتى يقضى الدين اه .

أقول : ولعل عدم البراءة بدفع الدين إلى الوارث ديانة . قال فى الفوائد الزينية : ولو قضى المودع بها دين المودع ضمن على الصحيح فتأمل وراجع .

[فرع] قال بعت الوديعة وقبضت ثمنها لا يضمن مالم يقل دفعتها للمشترى شرح تحفة الأقران .

وفى منية المفتى : لرجل على آخر دين فقضاه فمنعه ظلما فمات صاحب الدين فالخصومة فى الظلم بالمنع للميت وفى الدين للوارث هو المختار .

وفيها : ومن أخذ من السلطان مالا حراما فحق الخصومة فى الآخرة لغاصب الحق مع السلطان ومع القابض إن لم يخلطه السلطان وبعد الخلط يكون مع السلطان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (قوله ليس للسيد أخذ وديعة العبد) أى ولو غير مأذون لا حتمال أنه مال الغير إلا إذا أقام السيد بينة على أنه ماله وقد سلف .

وفى البزازية : الرقيق إذا اكتسب واشترى شيئا من كسبه وأودعه وهلك عند المودع فإنه يضمنه لكونه مال المولى مع أن للعبد يدا معتبرة ، حتى لو أودع شيئا وغاب فليس للمولى أخذه انتهى . هذا إذا لم يعلم أن الوديعة كسب العبد أو ماله ، أما إذا علم ذلك فله حق الأخذ بلا حضور العبد كما نقله فى البزازية عن الذخيرة ، وقد تقدم ذلك (قوله العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصى) أى وصى القاضى وقد نصبه بأجر ، وأما وصى الميت فلا يستحق الأجر كما فى الأشباه من فن الجمع . والفرق فى الكلام على أجر المثل نقلا عن القنية . وقد علل الولوالجى عدم صحة الأجر له ، ولو جعله المتوفى له لينفذ له وصاياه بأنه بقبول الوصية صار العمل واجبا عليه والاستئجار على هذا لا يجوز انتهى .

قال العلامة الخير الرملى : ولا يخفى أن وصى الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر فى مقابلة عمله

إذا عملا .

قلت : فعلم منه أن لا أجر للناظر في المسقف إذا أحيل عليه المستحقون فليحفظ وفى الوهبانية :

ودافـــع ألف مقرضا ومقارضا وربح القراض الشرط جاز ويحذر

وإن يدعى ذو المال قرضا وخصمه . . . .

لايجبر على العمل لأنه متبرع ، ولاجبر على المتبرع . وإذا رأى القاضى أن يعمل له أجرة على عمله وكانت أجرة المثل فما المانع قياسا واستحسانا وهى واقعة الفتوى ، وقد أفتيت به مرارا ، ولا ينا فيه ما فى الولوالجية كما هو ظاهر لأن الموضوع مختلف كما يظهر بأدنى تأمل اه .

أقول : إنما كان الموضوع مختلفا لأن موضوع مسألة الولوالجى فى وجوب العمل بقبول الوصية وموضوع ما ذكره فى عدم الجبر على العمل وهو لا ينافى الوجوب ، لـكن قال الطحطاوى : وفيه تأمل ، إذ بعد القبول لا يقال إنه متبرع .

والحاصل أن وصى الميت لا أجر له إلا إذا كان محتاجا فله الأكل من مال اليتيم بقدر عمله ، وللقاضى أن يفرض له ذلك ، لـكن للمستقبل لا لما مضى لشروعه فيه متبرعا . وأما وصى القاضى ، فإن كان محتاجا فكذلك وإلا فإن نصبه القاضى وجعل له أجرة المثل جاز ، وكذا إذا امتنع بعد النصب عن العمل حتى يجعل له أجرة لأن وصايته غير لا زمة ، لأن له أن يعزل نفسه فله أن يمتنع عن المضى فى العمل إلا بأجر وتمام الـكلام على ذلك فى باب الوصى آخر الـكتاب فراجعه إن شئت (قوله إذا عملا) فيستحقان أجرة المثل أشباه :

قال فى القنية : إذا عين القاضى له أجرا فهو له وإلا فلا ، وذكر أن له أجرة مثله ولو لم يعينه القاضى ، وتقدم ذلك فى كتاب الوقف ، وذكره فى الوصايا (قوله قلت) القول لصاحب الأشباه (قوله فعلم منه أن لا أجر للناظر ~~الخ~~) أى من قوله إذا عملا أى إلا إذا كان مشروطا من جهة الواقف أفاده أبو السعود ، ووجه العلم أنه لا عمل حينئذ ط .

والحاصل أن الواقف إن عين للناظر شيئا فهوله كثيرا كان أو قليلا على حسب ما شرطه عمل أو لم يعمل حيث لم يشترطه فى مقابلة العمل ، وإن لم يعين له الواقف وعين له القاضى أجرة مثله جاز ، وإن عين أكثر يمنع عنه الزائد عن أجرة المثل . هذا إن عمل ، وإن لم يعمل لا يستحق أجرة ، وبمثله صرح فى الأشباه فى كتاب الدعوى ، وإن نصبه القاضى ولم يعين له شيئا ، ينظر ، إن كان المعهود أن لا يعمل إلا بأجرة المثل فله أجرة المثل ، لأن المعهود كالمشروط وإلا فلا شىء له وبيان تفصيل ذلك مع أدلته فى كتاب الوقف فارجع إليه (قوله ودافع ألف مقرضا ومقارضا) قال ابن الشحنة : مسألة البيت من البدائع . قال ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها عليك قرض على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن ربح لى فهذا مكروه لأنه شرط لنفسه منفعة فى مقابلة القرض ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا فإن عمل هذا وربح فالربح بينهما نصفان ، لأن المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة فى يده فربحه لرب المال (قوله وربح القراض) أى لرب المال خاصة (قوله الشرط جاز) ويجعل النصف بضاعة ونماء النصف القرض للمستقرض ، لأن المضاربة لما فسدت باشتراط كل الربح لرب المال صارت بضاعة (قوله ويحذر) للنهى عن قرض جر نفعا . وإذا علم صحة الشرط فالربح الحاصل من الألف لهما والخسران عليهما لأنهما شريكان فى الألف (قوله وإن يدعي ذو المال قرضا وخصمه إلى آخر البيتين) قال

. . . . . قراضا فرب المال قد قبل أجدر
وفى العكس بعد الربح فالقول قوله كذلك فى الأبضاع ما يتغير
وإن قال قد ضاعت من البيت وحدها يصح ويستحلف فقد يتصور
وتارك فى قوم لأمر صحيفة فراحوا وراحت يضمن المتأخر
وتارك نشر الصوف صيفا . . . . .

الشارح : قد اشتمل البيتان على ثلاث مسائل الأولى من الظهيرية لو قال المضارب دفعته إلى مضاربة وقال رب المال دفعته إليك قرضا فالقول قول رب المال ، ومع ذلك لو هلك المال قبل التصرف لا ضمان على ذى اليد لا تفاقهما على قول المالك دفعت فإنها لا تفيد ضمانا قبل التصرف وضمن بعده ؛ وإن أقاما بينة فلرب المال فيكون كل من القول والبينة لرب المال . وفى النهاية وشرح التحرير أن القول قول المضارب والبينة على رب المال (قوله فرب المال قد قبل أجدر) أى بقبول قوله وإن هلك المال ، فإن كان قبل العمل فلا ضمان عليه لا تفاقهما على لفظ الدفع كما تقدم (قوله وفى العكس) وهذه المسألة الثانية من الظهيرية أيضا ، وهى عكس الأولى . إذا قال المضارب بعد ما تصرف وربح أقرضتنى هذا المال والربح كله لى وقال رب المال دفعته إليك مضاربة بالثلث أو قال دفعته إليك بضاعة أو قال مضاربة ولم أسم ربحا أو بربح مائة درهم فالقول فى ذلك قول رب المال وعلى المضارب البينة ، وفى دعوى البضاعة الربح لرب المال ، وفيما إذا لم يسم فالربح لرب المال وللمضارب أجر المثل ، وإن أقام البينة فالبينة للعامل ، وإن اختلفا قبل الربح يرد المال إلى مالكه لعدم لزوم العقد (قوله كذلك فى الإبضاع) بأن قال رب المال دفعته بضاعة والمضارب يدعى القرض فالقول لرب المال. ولو ادعى المضاربة ورب المال الغصب وضاع المال قبل العمل فلا ضمان ، وإن بعد العمل فهو ضامن ؛ وإن أقاما بينة فالبينة للمضارب فى الوجهين وهذه هى المسألة الثالثة (قوله ما يتغير) أى الحكم فى هذه الصورة ، وقد قدمنا الكلام على هذين البيتين آخر كتاب المضاربة (قوله وإن قال قد ضاعت من البيت وحدها) مسألة البيت من الواقعات ، وقد ذكرناها فى هذا الباب ، وهى المودع إذا قال ذهبت الوديعة من منزلى ولم يذهب من مالى شيء قبل قوله مع يمينه كما فى الهندية والكافى وجامع الفصولين ونور العين وغيرها (قوله فقد يتصور) بأن يعجل السارق أو تكون هى المقصودة ، ومعنى يصح يصدق (قوله وتارك) بغير تنوين (قوله لأمر) متعلق بتارك أو بصحيفة والصحيفة مثال ، وهى قطعة من جلد أو قرطاس كتب فيه ، وقدمنا ذكر هذه المسألة . وذكر شارحها العلامة ابن الشحنة أن مسألة البيت ممن قاضيخان قال : قوم جلوس فى مكان فقام واحد منهم وترك كتابه ثم قام الباقون معا فهلك الكتاب ضمنوا جميعا . لأن الأول لما ترك الكتاب عندهم فقد استحفظهم فإذا قاموا وتركوا الكتاب فقد تركوا الحفظ الملتزم فضمنوا جميعا ، وإن قام القوم واحدا بعد واحد كان الضمان على آخرهم لأن الآخر تعين للحفظ فتعين للضمان . قال المصنف : وهذا ليس خاصا بالصحيفة بل يطرد فى غيرها أيضا . قال ط : وينبغى تقييد هذا الفرع بما لا يقسم فإنه إذا كان مما يقسم يكون القائم أولا مفرطا بعدم قسمة المودع للحفظ اه (قوله يضمن المتأخر) لتعينه للحفظ فتعين للضمان اه عبد البر ، ومفهومه أنهم إذا قاموا جملة ضمنوا جميعا ، وبه صرح قاضيخان . ويظهر لى أن كل مالا يقسم كذلك سائحانى (قوله وتارك نشر الصوف صيفا الخ) قد اشتمل البيتان على مسألتين من الظهيرية .

قال فى كتاب الوديعة : إذا أفسدها الفأر وقد اطلع المودع على ثقب معروف ، إن كان أخبر صاحب

فعث لم يضمن وقرض الفار بالعكس يؤثر
إذا لم يسد الثقب من بعد علمه ولم يعلم المسلاك ما هى تنعر
قلت : بقى لو سده مرة ففتحه الفار وأفسده لم يذكر ، وينبغى تفصيله كما مر فتدبر .

الوديعة أن ههنا ثقب الفار فلا ضمان ، وإن لم يخبره بعد ما اطلع عليه ولم يسده ضمن وهى المسألة الثانية . والأولى ما قال فى الظهيرية عن السيد الإمام أبى القاسم أن الإنسان إذا استودع عنده ما يقع فيه السوس فى زمان الصيف فلم يبردها فى الهواء حتى وقع السوس وفسد لا يضمن ، وهذا علم من صورة النظم إلا أنه يعلم من ذلك الحكم فى نظيره انتهى ما ذكره ابن الشحنة .

قال فى الهندية : الوديعة إذا أفسدتها الفارة وقد اطلع المودع على ثقب الفارة ، إن أخبر صاحبها أن ههنا ثقب الفارة لا ضمان عليه ، وإن لم يخبر بعد ما اطلع عليه ولم يسده يضمن كذا فى الفصول العمادية . وذكر بعدها عبارة الظهيرية . ثم قال وفى فتاوى أبى الليث إذا كانت الوديعة شيئا يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غائب فإن رفع الأمر إلى القاضى حتى يبيعه جاز وهو الأولى ، وإن لم يرفع حتى فسدت لاضمان عليه لأنه حفظ الوديعة على ما أمر به كذا فى المحيط ، وإن لم يكن فى البلد قاض باعها وحفظ ثمنها لصاحبها كذا فى السراج الوهاج انتهى (قوله فعث) العث بالمثلثة : السوس أو الأرضة وهى دويبة تأكل الصوف (قوله لم يضمن) لأنه حفظ الوديعة كما أمر به محيط ، ويضمن بتشديد الميم (قوله وقرض الفار) الحاصل أنه إذا أودعه الوديعة فوضعها فى محل لاثقب فيه فقرضها الفار أو أحرقتها النار أو أصابها بخس بالباء الموحدة بالتحتية ثم الخاء المعجمة أى نقص ، أو أصابها نخس بالنون ثم الخاء : أى ثقب متسع فلا ضمان عليه . وأما إذا كان فى المكان الموضوع فيه الوديعة ثقب قد اطلع عليه المودع ، إن أخبر صاحبها به فلا ضمان عليه ، وإن لم يخبره ولم يسده يضمن أفاده صاحب الهندية (قوله بالعكس يؤثر) أى بالخلاف (قوله ولم يعلم) الواو بمعنى أو ، فينتفى عنه الضمان بسده أو بإعلام المالك به وإن لم يسده ، لأن المالك حينئذ رضى بوضعه فيه على هذا الحال ويعلم بضم الياء (قوله وينبغى تفصيله) البحث للطرسوسى حيث قال : وينبغى أن يكون فيها التفصيل لأن الأمر دائر بين الإعلام للمودع أو السد بدونه وهو موجود أو ارتضاه عبد البر وأقره الشرنبلالى .

[تتمة] فى ضمان المودع بالكسر فى قاضيخان : مودع جعل فى ثياب الوديعة ثوبا لنفسه فدفعها إلى ربها ونسى ثوبه فيها فضاع عنده ضمن لأنه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل فيه لايكون عذرا .

قال فى نور العين : ينبغى أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلا ، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لايكون عذرا ليس على إطلاقه ، والله تعالى أعلم اهـ ملخصا .

قال فى السراجية : مؤنة الرد على المالك لا على المودع ، وإن نقلها فى بلده من محلة فمؤنة الرد على صاحبها بالاتفاق ، وكذا إذا سافر فيما يجوز له السفر بها تكون الأجرة على المالك سراج أى أجرة الرد كما يؤخذ من سابقه .

قال ط : وانظر مؤنة حمله للإخراج هل هى على المودع أو المالك .

[فروع] ندت بقرة من الباقورة وترك الراعى اتباعها فهو فى سعة من ذلك ولا ضمان عليه فيما ندت بالإجماع إن كان الراعى خاصا ، وإن كان مشتركا فكذلك عند أبى حنيفة . وعندهما يضمن ، وإنما لايضمن عنده وإن ترك الحفظ فيما ندت لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا ترك بغير عذر ، أما إذا تركه بعذر فإنه

لايضمن ، كما لو دفع الوديعة لأجنبى حالة الحريق فإنه لايضمن وإن ترك الحفظ لأنه ترك بعذر كذا هنا ، وإنما ترك الحفظ بعذر كى لايضيع الباقى . وعندهما يضمن لأنه ترك بعذر يمكن الاحتراز عنه .

قال صاحب الذخيرة : ورأيت فى بعض النسخ لاضمان عليه فيما ندت إذا لم يجد من يبعثه ليردها أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك ، وكذلك لو تفرقت فرقا ولم يقدر على اتباع الكل فاتبع البعض وترك البعض لايضمن لأنه ترك حفظ البعض بعذر . وعندهما يضمن لأنه يمكن الاحتراز عنه عمادية من ضمان الراعى .

وفى فتاوى أبى الليث : مكار حمل كرابيس إنسان فاستقبله اللصوص فطرح الكرابيس وذهب بالحمار قال : إن كان لايمكنه التخلص منهم بالحمار والكرابيس وكان يعلم أنه لو حمله أخذ اللصوص الحمار والكرابيس فلا ضمان عليه لأنه لم يترك الحفظ مع القدرة عليه .

طرح الأمانة فى السفينة وسبح فى البحر خوفا من الأسر والقتل لايضمن .

فى جامع الفصولين فى ضمان الأجير المشترك رامزا للذخيرة : قرية عادتهم أن البقار إذا أدخل السرح فى السكك يرسل كل بقرة فى سكة ربها ولا يسلمها إليه ففعل الراعى كذلك فضاعت بقرة ، قيل يبرأ إذ المعروف كالمشروط ، وقيل لو لم يعد ذلك خلافا يبرأ اهـ . والظاهر أن القولين متقاربان إن لم يكونا بمعنى واحد ، لأن ذلك إذا كان معروفا لايعد خلافا لأنه يكون مأذونا به عادة ، وقدمنا نحو هذه المسألة ، وهو مالو أرسل الوكيل بالبيع الثمن إلى الموكل مع المكارى ونحوه مما جرت به العادة فإنه لايضمن ، وبه أفتى الخير الرملى لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، ولا فرق بين أن تتلف أو تضيع أو يأكلها الذئب إلا إذا نهاه ربها عنه .

قال الرملى : ومثله الشريك والمزارع أيضا مثله وهو كالمودع وهذا إذا كانت العادة مطردة ، أما إذا لم تكن كذلك فلا شبهة فى الضمان فى صورة الضياع أو أكل الذئب تنبه ، وهذا أيضا إذا لم يخش عليها ، أما إذا خشى بأن كان على أهل القرية أعداء يقصدون نهب أموالهم أو إتلافها أو كانت كثيرة اللصوص فلا شبهة فى الضمان فاعلم ذلك ، والله تعالى أعلم اهـ .

رجل استعار دابة فنام فى المفازة ومقودها فى يده فجاء السارق وقطع المقود وذهب بالدابة لايضمن المستعير لأنه لم يترك الحفظ ، ولو أن السارق مد المقود من يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامنا ، لأنه إذا نام على وجه يمكن مد المقود من يده وهو لايعلم به يكون مضيعا ، فإذا نام جالسا لايضمن على كل لأنه لو نام جالسا ولم يكن المقود فى يده ولكن الدابة تكون بين يديه لا يضمن فههنا لايضمن أولى اهـ .

وفى البزازية من الوديعة : جعل الدابة الوديعة فى كرم غير رفيع الحائط أو لم يكن له حائط ينظر ، إن نام المودع ووضع جنبه على الأرض ضمن إن ضاعت الوديعة ، وإن قاعدا لايضمن ، وإن فى السفر لايضمن وإن نام مضطجعا اهـ ومثله فى الذخيرة وعدة الفتاوى والعمادية . وفى البزازية أيضا فى العارية ذكر ماذكر فى الخانية قائلا . وهذا لايناقض مامر ، إذ نوم المضطجع فى السفر ليس بترك للحفظ لأن ذا فى نفس النوم وهذا فى أمر زاد على النوم اهـ .

كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع إذا ادعى الرد أشباه ومثله ماتقدم متنا ، المودع أو المستعير أو المضارب أو المستبضع أو المساوم أو المستأجر أو الأب فى مال ابنه الصغير أو الوكيل أو الرسول أو القاضى أو أمين القاضى أو المحضر أو أمير العسكر أو المتولى أو القيم أو الدلال أو السمسار

أو البياع أو المرتهن أو العدل أو الملتقط أو آخذ الآبق أو الشريك أو الحاج عن الغير أو الأجير الخاص أو المشترك أو نحوها إذا ادعى الهلاك بغير تعد أو ادعى الرد إلى صاحبها يصدق مع يمينه لأن كل واحد منهم أمين والقول قول الأمين مع اليمين إن لم يكن له بينة على الرد أو الهلاك ، وإن كان له بينة فلا يمين عليه وإنما طلبت البينة لدفع اليمين عنه .

فالحاصل أن من تكون العين فى يده أمانة إذا ادعى ردها إلى صاحبها أو ادعى الموت أو الهلاك يصدق مع يمينه بالاتفاق وهذا فى الرهن قبل قبضه ، وأما بعد قبضه فالقول للراهن كما سيأتى سائحانى .

حوّل الأجنبى الوديعة عن محلها ثم ردها ثم هلكت ضمن قاضيخان .

دفع إلى آخر قنا مقيدا بسلسلة وقال اذهب به إلى بيتك مع هذه السلسلة فذهب به بلا سلسلة فأبق القن لم يضمن إذا أمر بشيئين وقد أتى بأحدهما فصولين .

أقول : أى أمر بالذهاب بالقن وأمر بالذهاب بالسلسلة فلا يضمن القن .

وأقول : المتبادر من كلامه أن يكون القن مصحوبا بها أى مسلسلا فكأنه قال اذهب به مسلسلا فهو مأمور بالذهاب به مسلسلا فالمأمور به واحد موصوف فينبغى الضمان تأمل رملى .

بعثه إلى ماشية فركب المبعوث دابة الباعث برئ لو بينهما انبساط فى مثل ذلك وإلا ضمن فصولين .

وفيه دفع بعيره إلى رجل ليكريه ويشترى له شيئا بكرائه فعمى البعير فباعه وأخذ ثمنه فهلك ، لو كان فى موضع يقدر على الرفع للقاضى أو يستطيع إمساكه أو رده مع العمى ضمن قيمته وإلا برئ .

أعار حماره وقال خذ عذاره وسقه كذلك ولا تخل عنه فإنه لا يستمسك إلا هكذا فقال نعم فلما مضت ساعة خلى عذاره فأسرع فى المشى فسقط ضمن إذ خالف شرطا مفيدا فغصبه .

أعطاه درهما لينقده فغمزه فانكسر برئ لو أمره بغمزه وإلا ضمن ، وكذا لو أراه قوسا فمده فانكسر فهو على هذا اه .

وفيه معزيا إلى فوائد صاحب المحيط قال له : بعت دمى منك بفلس أو بألف فقتله الآخر يقاد ، لا لو قال اقتلنى فقتله لأنه إطلاق فأورث شبهة ، وهو هدر فى أصح الروايتين عند أبى حنيفة ، وتجب الدية فى ماله فى رواية .. ولو قال اقطع يدى أو رجلى أو اقتل قنى ففعل لم يجب شئ بالإجماع إذ الأطراف كأموال فيصح الأمر .

وقعت ببخارى واقعة وهى رجل قال لآخر ارم السهم إلىّ حتى آخذه فرمى السهم إليه بأمره فأصاب عينه فذهبت ، قال قاضيخان : لم يضمن ، كما لو قال له اجن علىّ فجنى عليه لم يضمن ، وهكذا أفتى بعض المشايخ به ، وقاسوا على مالو قال اقطع يدى الخ . وقال صاحب المحيط : الكلام فى وجوب القود ، أما لا شك أنه تجب الدية فى ماله إذ ذكر فى الكتاب : لو تضاربا بالوكز : أى النخس يقال له بالفارسية شت زون فذهبت عين أحدهما يجب القصاص إذا أمكن لأنه عمد .

ص : وإن قال كل واحد منهما للآخر ده ده ، وكذا لو بارزا فى خانقاه على وجه التعليم أو الملاعبة فأصابت الخشبة عينه فذهبت يقاد لو أمكن اه .

قال فى مجمع الفتاوى : ولو قال كل واحد منهما لصاحبه ده ده ووكز كل منهما صاحبه وكسر سنه فلا شئ عليه ، بمنزلة مالو قال اقطع يدى فقطعها قاضيخان اه .

. . . .

والذى ظهر لى فى وجه ماذكر فى الكتاب أنه ليس من لازم قوله ده ده إباحة عينه لاحتمال السلامة مع المضاربة بالوكزة كاحتماله مع رمى السهم ، فلم يكن قوله ارم السهم إلىّ وقوله ده ده صريحا فى إتلاف عضوه ، بخلاف قوله اقطع يدى أو اجن علىّ فلم يصح قياس الواقعة عليه والمصرح به أن الأطراف كالأموال يصح الأمر فيها ، وكأن فى المسألة قولين تأمل .

فى جامع الفصولين رامزا إلى كتاب الدعاوى والبينات لصاحب المحيط : دفع ثوبه إلى دلال ليبيعه فساومه رب حانوت بثمن معلوم وقال أحضر رب الثوب لأعطيه الثمن فذهب وعاد فلم يوجد الثوب فى الحانوت ورب الحانوت يقول أنت أخذته وهو يقول ما أخذته بل تركته عندك صدّق الدلال مع يمينه لأنه أمين ، وأما رب الحانوت فلو اتفقا على أنه أخذه رب الحانوت ليشتريه بما سمى من الثمن فقد دخل فى ضمانه فلا يبرأ بمجرد دعواه فيضمن قيمته ، ولو لم يتفقا على ثمن لم يضمن إذ المقبوض على سوم الشراء إنما يضمن لو اتفقا على ثمنه قنية .

لايجب ضمان السوم إلا بذكر الثمن ، قيل هو قول أبى يوسف . ويكفى عند محمد أن يميل قلبهما تجنيس .

دفعه إلى دلال ليبيعه فدفعه الدلال إلى رجل على سوم الشراء ثم نسيه لم يضمن وهذا إذا أذن له المالك بالدفع للسوم إذ لاتعدى فى الدفع حينئذ إيضاح ، أما إذا لم يأذن له فيه ضمن .

ذكر فى بعض الفتاوى عن فتاوى النسفى : لو عرضه الدلال على رب دكان وتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب به لم يضمن الدلال فى الصحيح لأنه أمر لابد منه فى البيع . وذكر بعض المشايخ يضمن لأنه مودع ، وليس للمودع أن يودع قاضيخان .

دفعه الدلال إلى من استام لينظر إليه ويشترى فذهب به ولم يظفر به الدلال ، قالوا لم يضمن لإذنه فى هذا الدفع .

قال : وعندى أنه إنما لايضمن لو لم يفارقه ، وأما لو فارقه ضمن كما لو أودعه أجنبى أو ترك عند من لايريد الشراء .

طلب المبيع رجل من الدلال بدراهم معلومة فوضعه عند طالبه ضمن قيمته لأخذه على سوم الشراء بعد بيان الثمن ، قالوا : ولا شىء على الدلال ، وهذا لو مأذونا بالدفع إلى من يريد الشراء قبل البيع ، فلو لم يكن مأذونا ضمن فروق الجامع .

دلال معروف بيده ثوب تبين أنه مسروق فقال رددته على من أخذته منه يبرأ كغاصب الغاصب إذا رد على الغاصب يبرأ فى الذخيرة ، إنما يبرأ لو أثبت رده بحجة فى عدة الفتاوى ، هذا كغاصب الغاصب إذا قال رددت على الغاصب صدق بيمينه لا بدونها منتقى .

قال تلفت منذ عشرة أيام وبرهن ربها أنها كانت عنده منذ يومين فقال المودع وجدتها فتلفت تقبل ولم يضمن . ولو قال أولا ليست عندى وديعة ثم قال وجدتها فتلفت ضمن اه قنية .

دلال دفع ثوبا إلى ظالم لايمكن استرداده منه ولا أخذ الثمن يضمن إذا كان الظالم معروفا بذلك .

ن : خرج المودع وترك الباب مفتوحا ضمن لو لم يكن فى الدار أحد ولم يكن المودع فى مكان يسمع حس الداخل عدة .

المودع : لو حفظها فى حرز ليس فيه مال ضمن والمراد حرز غيره ، أما لو استأجر بيتا لنفسه وحفظها فيه لم يضمن ولو لم يكن فيه ماله .

. . . .

مى : مودع استأجر بيتا فى مصر أودع فيه وأحرزها فيه وسافر وتركها فيه لم يضمن .

صع : تختم بخاتم الوديعة قيل ضمن فى الخنصر والبنصر لا فى غيرهما وبه يفتى ، وقيل ضمن فى الخنصر لا فى غيره يماثله المرتهن . وتضمن المرأة مطلقا لأنه استعمال منها خلاصة فى الأقضية .

ادعى وكالة بقبض دين أو وديعة فأقر المطلوب فى الدين يؤمر بدفعه إليه ، وفى العين لايؤمر فى ظاهر الرواية . وذكر فى محل آخر من الخلاصة فى الفرق بينهما أن إقراره فى الدين لا فى ملك نفسه . وفى الوديعة لا فى ملك غيره اه قال : فلو أقر بالوكالة وأنكر المال لايصير خصما ، ولا تقبل البينة على المال إلا أن تقع البينة على الوكالة أو لم يثبت كونه خصما بإقرار المطلوب لأنه ليس بحجة فى حق الطالب ، وإن أقر بالمال وأنكر الوكالة لايحلف الوكيل المطلوب على العلم بوكالته إذ الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولم تصح ، إذ لم تثبت وكالته فلم يصر خصما إلا إذا قامت البينة على الوكالة ، والمال يقبل عند أبى حنيفة بناء على أن وكيل قبض الدين يملك الخصومة عنده .

هد : لايؤمر بدفع الوديعة إلى الوكيل بقبضها لو صدقه إذا أقر بمال الغير بخلاف الدين .

قن : عن محمد لو صدقه يجبر بدفع عين كدين غر : وكذا عن أبى يوسف .

حشجى : لو صدقه أو كذبه أو سكت لايجبر بدفع الوديعة ، ولو دفعها لايسترد ، فلو حضر ربها وكذبه فى الوكالة لايرجع المودع على الوكيل لو صدقه ولم يشترط عليه الضمان ، وإلا رجع بعينه لو قائما وبقيمته لو هالكا .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : لو صدقه ودفعه بلا شرط ينبغى أن يرجع على الوكيل لو قائما إذ غرضه لم يحصل فله نقض قبضه على قياس مامر عن الهداية من أن المديون يرجع بما دفعه إلى وكيل صدقه لو باقيا كذا هذا .

شجع : لو لم يؤمر بدفع الوديعة ولم يسلمها فتلفت ، قيل لايضمن وكان ينبغى أن يضمن ، إذ المنع من الوكيل بزعمه كمنعه من المودع ، ولو سلمه إلى الوكيل لايسترد لأنه سعى فى نقض مافعله ذخيرة .

وكل زيدا الغائب بقبض وديعة فقبضها زيد قبل أن يبلغه ذلك فتلف يخير المالك ضمن زيدا أو الدافع ، ولو علم الدافع بالتوكيل لازيد برئا إذ للمودع أن يدفعه

يقول الحقير : الظاهر أنه يبرأ الدافع لازيد لكون قبضه حين قبض فضولا ، والله تعالى أعلم .

عن : وكله بقبض الوديعة فى اليوم فله قبضه غدا ، ولو وكله بقبضه غدا لايملك قبضه اليوم إذ ذكر اليوم للتعجيل فكأنه قال أنت وكيلى به الساعة فإذا ثبت وكالته الساعة دامت ضرورة ، ولا يلزم من وكالة الغد وكالة اليوم لاصريحا ولا دلالة ، وكذا لو قال اقبضه الساعة بدونهم فله قبضه بعدها ، ولو قال اقبضه بمحضر من فلان فقبضه بغيبته جاز . .

قال اقبضه بشهود فله قبضه ، بخلاف قوله لاتقبضه إلا بمحضر منه حيث لايملك قبضه إذ نهى عن القبض واستثنى قبضا بمحضر منه اه مافى نور العين .

وفى الهندية : من ترك باب حانوته مفتوحا فقام واحد ثم واحد فضمان ماضاع على آخرهم كذا فى الملتقط .

رجل فى يده ثوب قال له رجل أعطنى هذا الثوب فأعطاه إياه كان هذا على الوديعة ، كذا فى الظهيرية .

سئل ابن الفضل عمن دفع جواهر إلى رجل ليبيعها فقال القابض أنا أريها تاجرا لأعرف قيمتها فضاعت الجواهر

. . . .

قبل أن يريها ، قال : إن ضاعت أو سقطت بحركته ضمن ، وإن سرقت منه أو سقطت لمزاحمة أصابته من غيره لم يضمن كذا فى الحاوى للفتاوى .

دفع إلى مراهق قمقمة ليستى الماء فتغافل عنها فضاعت لايضمن كذا فى القنية :

قال خلف : سألت أسدا عمن له على آخر درهم فدفع المطلوب إلى الطالب درهمين أو درهما ثم درهما وقال خذ درهمك فضاع الدرهمان قبل أن يعين درهما قال : هلك على المطلوب وللطالب درهمه .

ولو قال له حين دفع إليه الدرهم الأول : هذا حقك فهو مستوف ولا ضمان عليه للدرهم الآخر ، كذا فى التاترخانية .

صبى يعقل البيع والشراء محجور عليه أودعه رجل ألف درهم فأدرك ومات ولم يدر ماحال الوديعة فلاضمان فى ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك وهى فى يده فحينئذ يضمن بالموت عن تجهيل ، كذا فى الظهيرية والحكم فى المعتوه نظير الحكم فى الصبى إذا أفاق ثم مات ولم يدر ماحال الوديعة لاضمان فى ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهى فى يده وإن كان الصبى مأذونا له فى التجارة والمسألة بحالها ، فهو ضامن للوديعة وإن لم تشهد الشهود أنه أدرك وهى فى يده ، وكذا الحكم فى المعتوه إذا كان مأذونا له فى التجارة كذا فى الذخيرة :

إذا قال المستودع للمودع وهبت لى الوديعة أو بعتها منى وأنكر رب الوديعة ثم هلكت لايضمن المودع كذا فى الخلاصة .

سئل عمن أودع عند آخر أوانى صفر ثم استردها بعد زمان فرد عليه ستة فقال المالك كانت سبعة فأين السابع فقال لاأدرى أودعتنى ستة أو سبعة ولا أدرى ضاعت أو لم تكن عندى ، وتارة يقول لاأدرى هل جاءنى من عندك رسول فاستردها وحملها إليك أم لا هل يضمن ؟ قال لا لأنه لم يقر بإضاعته فلا يتناقض كذا فى فتاوى النسفى .

رجل استقرض من رجل خمسين درهما فأعطاه غلطا ستين فأخذ العشرة ليردها فهلكت فى الطريق يضمن خمسة أسداس العشرة لأن ذلك القدر قرض والباقى وديعة ، كذا فى السراج الوهاج وهو الأصح ، هكذا فى التاترخانية وكذا لو هلك الباقى يضمن خمسة أسداسه ، كذا فى فتاوى قاضيخان .

له على آخر خمسون فاستوفى غلطا ستين فلما علم أخذ عشرة للرد فهلكت يضمن خمسة أسداس العشرة لأن ذلك قرض والباقى أمانة كذا فى الوجيز للكردرى :

رجل له على رجل ألف درهم دين فأعطاه ألفين وقال ألف منهما قضاء من حقك وألف يكون وديعة فقبضها وضاعت قال هو قابض حقه ولا يضمن شيئا كذا فى المحيط .

أودعه بقرة وقال إن أرسلت ثيرانك إلى المرعى للعلف فاذهب ببقرتى أيضا فذهب بها دون ثيرانه فضاعت لايضمن كذا فى القنية .

أودع شاة فدفعها مع غنمه إلى الراعى للحفظ فسرقت الغنم يضمن إذا لم يكن الراعى خاصا للمودع كذا فى القنية .

الوديعة إذا كانت قراما فأخذها المودع وصعد بها السطح وتستر بها فهبت بها الريح وأعادتها إلى المكان الذى كانت فيه من البيت لايبرأ عن الضمان لأنه لم يوجد منه القصد إلى ترك التعدى كذا فى خزانة المفتين .

كتاب العارية

أخرها عن الوديعة لأن فيها تمليكا وإن اشتركا فى الأمانة . ومحاسنها النيابة عن الله تعالى فى إجابة المضطر لأنها لاتكون إلا لمحتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة

فى فتاوى النسفى طحان خرج من الطاحونة لينظر الماء فسرقت الحنطة ضمن إن ترك الباب مفتوحا وبعد من الطاحونة كذا فى الخلاصة ، بخلاف مسألة الخان ، وهى : خان فيها منازل ولكل منزل مقفل فخرج وترك الباب مفتوحا فجاء سارق وأخذ شيئا لايضمن كذا فى الوجيز للكردرى .

قال المودع للمالك أنا ذاهب إلى المزرعة وأريد أن أضع وديعتك فى بيت جارى فقال له المالك ضعها فوضعها وذهب إلى المزرعة ورجع فأخذها من الجار وجاء إلى بيته ووضعها ثمة فضاعت من داره هل يضمن المودع الأول أم لا ؟ ينبغى الضمان كذا فى الذخيرة معربا عن عبارة فارسية .

ولو كان عنده كتاب وديعة فوجد فيه خطأ يكره أن يصلحه إذا كره ذلك صاحبه كذا فى الملتقط انتهى .

أقول : وهذا بخلاف إصلاح غلط المصحف إذا كان بخط يناسب فإنه يجب حينئذ كما يأتى فى آخر العارية .

وفى الهندية : أودع عند رجل صك ضيعة والصك ليس باسمه ثم جاء الذى الصك باسمه وادعى تلك الضيعة والشهود الذين بذلوا خطوطهم أبوا أن يشهدوا حتى يروا خطوطهم فالقاضى يأمر المودع حتى يريهم الصك ليروا خطوطهم ولا يدفع الصك إلى المدعى وعليه الفتوى ، كذا فى الفتاوى العتابية .

دفع إلى رجل مالا لينثره على العرس ، فإن كان المدفوع دراهم ليس له أن يحبس لنفسه شيئا ولو نثره بنفسه ليس له أن يلتقط منه كذا فى محيط السرخسى ، وكذا ليس له أن يدفع إلى غيره لينثره كذا فى السراج الوهاج ، ومثل المال السكر كذا فى الغياثية .

وسئل عن أمة اشترت سوارين بمال اكتسبته فى بيت مولاها فأودعتهما امرأة فقبضت تلك المرأة ولم يكن ذلك بإذن مولى الجارية فهلكت الوديعة هل تضمن فقال نعم : لأن ذلك ملك المولى ولا إيداع بغير إذن فصارت غاصبة كذا فى الفتاوى النسفية ، انتهى مافى الهندية ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب العارية

مشروعيتها بالكتاب ، وهو قوله تعالى — ويمنعون الماعون — والماعون : مايتعاورونه فى العادة ، وقيل الزكاة فقد ذم الله تعالى على منع الماعون وهو عدم إعارته فتكون إعارته محمودة . وبالسنة : وهى ماروى البخارى « أنه عليه الصلاة والسلام استعار من أبى طلحة فرسا يسمى المندوب فركبه حين كان فزع فى المدينة فلما رجع قال : مارأينا من شىء ، وإن وجدناه لبحرا » وبالإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها ، وإنما اختلفوا فى كونها مستحبة ، وهو قول الأكثرين أو واجبة وهو قول البعض انتهى شمنى (قوله لأن فيها تمليكا) أى وإيداعا فتكون من الوديعة بمنزلة المفرد من المركب والمركب مؤخر عن المفرد ، ويحتمل أن يكون إشارة إلى ماقدمنا فى الوديعة من أنه من باب الترقى ، والأنسب فى التركيب أن يقول ذكرها بعد الوديعة لإشتراكهما فى الأمانة وأخرها لأن فيها تمليكا (قوله النيابة عن الله تعالى فى إجابة المضطر) أى أن المستعير مضطر وقال تعالى — أمن يجيب المضطر إذا دعاه — وقد أغاثه المعير فكأنه نائب عن الله تعالى فى إغاثته ، وإن كان فعل المعير من الله تعالى فلا نيابة فى الحقيقة ففاعلها قد تخلق بهذا الخلق ، وورد « تخلقوا بأخلاق الله » (قوله لأنها لاتكون إلا لمحتاج) أى

والقرض بثمانية عشر .

(هی) لغة مشددة وتخفف : إعارة الشیء قاموس . وشرعا (تمليك المنافع مجانا) أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا .

غالبا (قوله والقرض بثمانية عشر) حقق بعضهم أن ثواب الصدقة أكثر ، وأن إفرادها أكثر كيفا وإن كانت فى القرض أكثر كما قال المناوى نقلا عن الطيبي : القرض اسم مصدر والمصدر بالحقيقة الإقراض، ويجوز كونه بمعنى المقروض . قال البلقيني : فيه أى فى الحديث أن درهم القرض بدرهمى صدقة ، لكن الصدقة لم يعد منها شيء والقرض عاد منه درهم فسقط مقابله وبقى ثمانية عشر ، ومن ثم لو أبرأ منه كان عشرون ثوابا بالأصل، وهذا الحديث يعارضه حديث ابن حبان « من أقرض درهما مرتين كان له كأجر صدقة مرة » وجمع بعضهم بأن القرض أفضل من الصدقة إبتداء، فامتيازه عنها بصون وجه من لم يعتد السؤال ، وهى أفضل انتهاء لما فيها من عدم رد المقابل . وعند تقابل الخصوصيتين ترجح الثانية باعتبار الأثر المترتب .

والحق أن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمان وعليه ينزل الأحاديث المتعارضة اهـ ط (قوله مشددة) كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب صحاح . ورده فى النهاية بأنه صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة ، فلو كان العار فى طلبها لما باشرها ، وعول على ما فى المغرب من أنها اسم من الإعارة وأخذها من العار العيب خطأ اهـ ومثله فى معراج الدراية . وذكر فى البدرية أنه يحتمل أن تكون العارية اسما موضوعا لا منسوبا كالكرسي والدردي نظيره كعيت وكميت صيغة تصغير وليس بتصغير .

وفى المبسوط : قيل العارية مشتقة من التعاور وهو التناوب كأنه يجعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء ، ولهذا كانت الإعارة فى المكيل والموزون قرضا لأنه لا ينتفع به إلا بالاستهلاك فلا تعود النوبة إليه فى عينه ليكون إعارة حقيقة وإنما تعود النوبة إليه فى مثله وما يملك الإنسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضا انتهى ومثله فى الكافى (قوله وتخفف) قال الجوهرى وقد تخفف منسوبة إلى العار . ورده الراغب بأن العار يائى والعارية واوى وبالمشتقات يقال استعاره منه واستعاره الشيء على حذف من (قوله إعارة الشيء قاموس) قال فى المنح عنه : أعارة الشيء وأعاره منه وعاوره إياه وتعوروا واستعار طلبها واعتوروا الشيء وتعوروه تداولوه اهـ.وفى المبسوط أنها من العرية تمليك الثمار بلا عوض ورده المطرزى لأنه يقال استعاره منه فأعاره واستعاره الشيء على حذف من ،والصواب أن المنسوب إليه العارة اسم من الإعارة ، ويجوز أن يكون من التعاور التناوب قهستانى (قوله تمليك المنافع) أشار به إلى رد ما قاله الكرخي من أنها إباحة نفع ، وما فى المتن مختار أبى بكر الرازى وهو الصحيح ، وهو قول عامة أصحابنا كما فى الهندية عن السراج وعليه المتون وأكثر الشروح ، ويشهد لما فى المتن كثير من الأحكام من انعقادها بلفظ التمليك وجواز أن يعير مالا يختلف بالمستعمل ، ولو كان إباحة لما جاز لأن المباح له ليس له أن يبيح لغيره كالمباح له الطعام ليس له أن يبيح لغيره، وانعقادها بلفظ الإباحة لأنه استعير للتمليك كما فى البحر وإنما لا يفسد هذا التمليك الجهالة لكونها لا تفضى إلى المنازعة لعدم لزومها كذا قال الشارحون ، والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة بدليل ما فى الخلاصة : لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل لى حماران فى الإصطبل فخذ أحدهما واذهب به يضمن إذا هلك ، ولو قال له خذ أحدهما أيهما شئت لا يضمن كما فى المنح (قوله مجانا) أى بلا عوض . قال فى القاموس : المجان ما كان بلا بدل (قوله لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا) أى كالتعاطي كما فى القهستانى وهذا مبالغة على القبول . وأما الإيجاب فلا يصح به ، وعليه يتفرع

وحكمها كونها أمانة . وشرطها قابلية المستعار للانتفاع وخلوها عن شرط العوض لأنها تصير إجارة ، وصرح في العمادية بجواز إعارة المشاع وإيداعه

ما سيأتي قريبا من قول المولى خذه واستخدمه ، والظاهر أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية ركنها الإيجاب من المعير . وأما القبول من المستعير فليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة اه أى القبول صريحا غير شرط ، بخلاف الإيجاب ولهذا قال في التاترخانية إن الإعارة لا تثبت بالسكوت اه وإلا لزم أن لا يكون أخذها قبولا (قوله وحكمها كونه أمانة) فإن هلكت من غير تعد لم يضمن ، وإن تعدى ضمن بالإجماع . ولو شرط الضمان في العارية هل يصح . فالمشايخ مختلفون فيه .

وفي خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ، فإن ضاع فأنا له ضامن قال لا يضمن هندية عن غاية البيان ومثله في الأنقروى عن المضمرات (قوله قابلية المستعار) أى يمكن الانتفاع بالمعار مع بقاء عينه ، فلو أعاره مكيلا أو موزونا لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كان كناية عن القرض .

ولا يصح إعارة الأمة للوطء ولا من تحت وصايته للخدمة لعدم قابلية المعار لذلك الانتفاع لأن الإباحة لا تجرى في الفروج ، ولا يجوز التبرع ، بمنافع الصغير ، ولم تجعل عارية الأمة نكاحا كما جعل في عارية المكيل والموزون قرضا للمشاكلة بين القرض والعارية ، لأن كلا منهما تبرع غير لازم لصاحبه أن يرجع به متى شاء والنكاح لازم فلا ينعقد بلفظ ما يدل على اللزوم ، ومن لازم النكاح البدل وهو المهر . وشرط العارية عدم ذكر البدل .

قال في الهندية : ومن شرائطها العقل ، فلا تصح الإعارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل . وأما البلوغ فليس بشرط حتى تصح الإعارة من الصبي المأذون . ومنها القبض من المستعير . ومنها أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه ، فإن لم يمكن فلا تصح إعارة كذا في البدائع .

قال الحاكم الشهيد في الكافي : وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض ، وكذلك كل مايكال أو يوزن أو يعد عدا مثل الجوز والبيض وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والكافور وسائر متاع العطر . والصنادلة التي لا تقع الإجارة على منافعها قرض وهذا إذا أطلق العارية ، فأما إذا بين الجهة كما إذا استعار الدراهم أو الدنانير ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا أو يتجمل بها أو غير ذلك مما لا ينقلب به عينه لا يكون قرضا بل يكون عارية تملك بها المنفعة المسماة دون غيرها ، ولا يجوز له الانتفاع بها على وجه آخر غير ما سماه كذا في غاية البيان .

إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى أو سكينا محلى أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شىء من هذا قرضا هكذا في الكافي .

ولو قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها عليه مثلها أو قيمتها وهو قرض إلا إذا كان بينهما مباسطة حتى يكون ذلك دلالة الإباحة كذا في الخلاصة .

ويأتي في كلام الشارح في أثناء الكتاب عن الصيرفية في العيون : استعار من آخر رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه أو آجرة فهو ضامن لأن هذا ليس بعارية بل هو قرض وهذا إذا لم يقل لأردها عليك أما إذا قال لأردها عليك فهو عارية كذا في المحيط انتهى (قوله لأنها تصير إجارة) الأولى لأنها تصير به إجارة ، وقد نصوا أن الإجارة تنعقد بلفظ الإعارة (قوله وصرح في العمادية الخ) أشار إلى إيراد وجواب وهو أن العارية إذا

وبيعه يعني لأن جهالة العين لاتفضي للجهالة لعدم لزومها .

وقالوا : علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد ، أما كسوته فعلى المعير ، وهذا إذا طلب الاستعارة ؛ فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير أن يستعيره فنفقته على المولى أيضا لأنه وديعة .

(وتصح بأعرتك) لأنه صريح (وأطعمتك أرضي)

كانت تمليك المنفعة فكيف يصح إعارة المشاع فإنه مجهول العين ، فأشار إلى الجواب بأن الجهالة المانعة من التمليك الجهالة المفضية إلى المنازعة وجهالة العين لا تفضي إليها ، ولذا جاز بيع المشاع وإيداعه .

وقد نقل في البحر أن الذي لا يضر في العارية جهالة المنافع . أما جهالة العين فضرة إذا كانت تفضي إلى المنازعة لما في الخلاصة : لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل لي حماران في الإصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك اهـ وقدمنا تمامه قريبا .

وفي العناية من الهبة : وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فإن الشيوع لايمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع (قوله وبيعه) وكذا إقراضه كما مر ، وكذا إيجاره من الشريك لا الأجنبي ، وكذا وقفه عند أبي يوسف خلافا لمحمد فيما يحتمل القسمة وإلا فجائز اتفاقا . وأفتى الكثير بقول محمد ، واختار مشايخ بلخ قول أبي يوسف . وأما وديعته فجائزة وتكون مع الشريك . وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفا وقال خمسمائة قرض وخمسمائة شركة كذا في النهاية هنا . وأما غصبه فمتصور . قال البزازي : وعليه الفتوى وذكر له في الفصول صورا . وأما صدقته فكهبته فإنها لاتجوز في مشاع يقسم إلا إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح ، وتمامه في أوائل هبة البحر ويأتي إن شاء الله تعالى (قوله لا تفضي للجهالة) كذا في بعض النسخ ، وفي بعضها للمنازعة وهي أولى . وفي المقدسي مايفيد رد هذا التعليل حيث قال : وشرطها تعيين المستعار ، حتى لو قال لي حماران في الإصطبل إلى آخر ما قدمناه عن الخلاصة (قوله لعدم لزومها) لا حاجة إليه إذ جهالة عين المشاع لاتمنع في اللزوم أيضا ولذا جاز بيعه مع أن البيع لازم والحاصل أن إعارة المشاع تصح كيفما كان أي في الذي يحتمل القسمة أولا يحتملها من شريك أو أجنبي . وكذا إعارة الشيء من اثنين أجمل أو فصل بالتنصيف أو بالأثلاث كما في القنية (قوله وقالوا علف الدابة على المستعير) لأن نفعه له فنفقته عليه (قوله وكذا نفقة العبد) أي مطلقة كانت أو مؤقتة كما في المنح (قوله أما كسوته فعلى المعير) لأن العارية غير لازمة ، وللمعير الرجوع عنها في كل حين فكان زمنها غير مستطيل عادة ، والكسوة تكون في الزمان المستطيل ؛ ألا يرى أنه شرط في ثوب الكسوة في كفارة اليمين أن يمكن بقاؤه ثلاثة أشهر فصاعدا ، والمنافع تحدث في كل آن وتتجدد في آن غير آن ، وبقاؤه غير لازم وإن ذكر لها مدة ، فلو لزمت العارية بقدرها لخرجت عن موضوعها ، ولو صح رجوعه لتضرر المستعير بذهاب كسوته من غير حصول انتفاعه (قوله وهذا) يعني إنما يكون تمليك منافع العبد عارية ، ونفقته على المستعير لو قال له أعطني عبدك ليخدمني أو أعرني عبدك ، أما لو قال المالك خذه واستخدمه كان إيداعا مأذونا بالانتفاع به ، والعبد وديعة فنفقته على المودع كما في الهندية والبزازية وغيرهما (قوله لأنه وديعة) الأقرب أنه إباحة للانتفاع ، إذ لو كان وديعة لما جاز له الانتفاع بها . أو يقال إنها وديعة أباح له المالك الانتفاع بها .

وفي الهندية عن القنية : دفعت لك هذا الحمار لتستعمله وتعلفه من عندك عارية اهـ (قوله لأنه صريح) أي حقيقة .

أى غلتها لأنه صريح مجازا من إطلاق اسم المحل على الحال (ومنحتك) بمعنى أعطيتك (ثوبى أو جاريتى هذه وحملتك على دابتى هذه إذا لم يرد به) بمنحتك وحملتك (الهبة) لأنه صريح فيفيد العارية بلا نية والهبة

قال قاضى زاده : الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف اهـ فالأول أعرتك والثانى أطعمتك أرضى (قوله أى غلتها) قال فى البحر لأن الإطعام إذا أضيف إلى مالا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لأنه محله اهـ. ولو قال أطعمتك هذا الجزور فهو عارية إلا أن يريد الهبة هندية ، وهذا يفيد تقييد الأرض بما إذا كان فيها غلة وإلا فلا صحة لهذا التركيب ؛ وفيه أن المراد أنه أعارها له ليزرعها ، فإنه إذا عبر بالإطعام اختصت عاريتها بالانتفاع بزراعتها فلا يبنى ولا يغرس كما سيأتى آخر الكتاب ، فقوله أى غلتها ، أى أنك تزرعها وتستغلها ط (قوله لأنه صريح مجازا الخ) عبارة العينى والدرر لأن الإطعام إذا أضيف إلى مالا يطعم كالأرض يراد به غلتها إطلاقا لاسم المحل على الحال .

وحاصله أن الصريح ما لا يحتمل غيره ، وهو يكون حقيقة ومجازا لأن المعتبر فيه قرينة مانعة من المعنى الحقيقى فلذلك كان صريحا لا يحتمل غيره ، بخلاف الكناية فإنها لا يعتبر معها قرينة (قوله ومنحتك) أصله أن يعطى الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها إذا ذهب درها ثم كثر ذلك ، حتى قيل فى كل من أعطى شيئا منحتك وإذا أراد به الهبة أفاد ملك العين وإلا بقى على أصل وضعه اهـ زيلعى (قوله ثوبى أو جاريتى هذه) أتى باسم الإشارة ولم يكتف بإضافة الثوب والجارية إلى نفسه ، لأنه لا يلزم من الإضافة إليه أن يكون الثوب أو الجارية معينا لاحتمال أن يكون له أكثر من ثوب وجارية لأنه يشترط عدم جهالة العين المستعارة كما سبق ، وحينئذ سقط قول السيدى الحموى : ينظر ما الداعى إلى إقحام اسم الإشارة فى هذا وما بعده وهلا أغنت الإضافة إلى نفسه عن ذلك (قوله لأنه صريح) هذا ظاهر فى منحتك ، أما حملتك فقال الزيلعى إنه مستعمل فيهما ، يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى ، فإذا نوى إحداهما صحت نيته ، وإن لم تكن له نية حمل على الأدنى كى لا يلزمه الأعلى بالشك اهـ وهذا يدل على أنه مشترك بينهما ، لكن إنما أريد به العارية عند التجرد عن النية لئلا يلزمه الأعلى بالشك ط .

وفى الكافى للنسفى : وقوله فى الهداية ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين وعند إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوّزا مشكل من وجوه :

أحدها قوله إذا لم يرد به الهبة ، وكان ينبغى أن يقول إذا لم يرد بها بدليل التعليل . ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى – عوان بين ذلك – .

وثانيها أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة . ثم ذكر فى كتاب الهبة فى بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة ، وعلل بأن الحمل هو الارتكاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ؛

وثالثها أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية ، فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة .

وفى المستصفى شرح النافع : قلنا جاز أن يكون لتمليك العين حقيقة ولتمليك المنفعة مجازا ، وإلى هذا مال صاحب الهداية فى كتاب العارية ويكون التقدير إذا لم يرد به الهبة وأراد به العارية : أى لأنه إذا لم يرد به الهبة

بها أى مجازا (وأخدمتك عبدى) وأجرتك دارى شهرا مجانا (ودارى) مبتدأ (لك) خبر (سكنى) تمييز أى بطريق السكنى (و) دارى لك (عمرى) مفعول مطلق: أى أعمرتها لك عمرى (سكنى) تمييزه يعنى جعلت سكناها لك مدة عمرك (و) لعدم لزومها (يرجع المعير متى شاء) ولو مؤقتة

وأراد به العارية أى لأنه إذا لم يرد الحقيقة لا يصار إلى المجاز إلا عند إرادته ، ويحتمل أن يكونا بالعكس ، وإليه أشار فخر الإسلام فى مبسوطه وصاحب الهداية فى كتاب الهبة ، ويكون قوله إذا لم يرد به الهبة للتأكيد أى لأن مطلق الكلام محمول على العارية فليس المراد به التقييد ، ويحتمل أن يكون المعنيان حقيقة لها وإنما ترجح أحدهما لأنه أدنى الأمرين فيحمل عليه للتيقن اهـ كذا فى الكفاية موضحا (قوله بها) أى بالنية لأن هذا اللفظ مستعمل فيها ، يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى ، فإذا نوى إحداهما صحت نيته وإن لم يكن له نية حمل على الأدنى زيلعى. وأما منحتك فقد علمت أنه كذلك لأن معناه إذا لم يرد به الهبة العارية لأن المنح لتمليك العين عرفا ؛ وعند عدم إرادته يحمل على تمليك المنافع ، وإن أراد به الهبة أفاد ملك العين وإلا بقى على أصل وضعه (قوله أى مجازا) لا دليل فى الثانى عليه لأنه لايثبت أحدهما إلا بالنية وهى القرينة الحالية (قوله وأخدمتك عبدى) إنما كان عارية لأنه أذن له فى الاستخدام عينى وهو كحملتك على دابتى صريح فى العارية كناية عن الهبة ، وكان الأولى إقحام اسم الإشارة هنا وفيما بعده كما فى الدرر للوجه الذى ذكرناه (قوله شهرا مجانا) أى بلا عوض ، وكذا لو لم يقل شهرا وجعله عارية أحد قولين ، وقيل لا يكون عارية ؛ وظاهر الهندية اعتماده ، ومثله فى البحر عن الخانية أى بل إجارة فاسدة ، وقد قيل بخلافه تاترخانية وينبغى هذا لأنه إذا لم يصرح بالمدة ولا بالعوض فأولى أن يكون إعارة من جعله إعارة مع التصريح بالمدة دون العوض كذا أفادة شيخ سيدى الوالد رحمه الله تعالى ؛

ونقل الرملى فى حاشية البحر عن إجارة البزازية: لا تنعقد الإعارة بالإجارة ، حتى لوقال أجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية اهـ فتأمله مع هذا ، وسيأتى فى أول الإجارة اهـ (قوله ودارى لك الخ) لأن قوله دارى لك وإن كان لتمليك العين ظاهرا فهو يحتمل تمليك المنفعة ، وقوله سكنى محكم فى العارية فحملنا المحتمل على المحكم حموى (قوله تمييز) أى عن النسبة إلى المخاطب: أى ملكتها لك سكنى ، وهذا أولى مما فى المغرب والقهستانى من أنه حال ، نعم يجوز أن يكون خبرا ولك متعلق به أو بالنسبة بين المبتدإ والخبر كما فى قوله تعالى — إن الدين عند الله الإسلام — حموى عن الحفيد على صدر الشريعة (قوله أى بطريق السكنى) أى نسبة دارى لك بطريق سكناها لا تمليك عينها وهو حقيقة العارية (قوله مفعول مطلق) أو ظرف: أى مدة عمرك قهستانى وهو ما أشار إليه الشارح بعد ، وهو وجه آخر لكنه مزج احتمالا باحتمال (قوله تمييزه) أى تمييز عمرى. قال الزيلعى: لأن قوله دارى لك يحتمل أن يكون له رقبتها ، ويحتمل أن يكون له منفعتها ، ولو قال هى لك لتسكنها كان تمليكا للدار لأنه أضاف التمليك إلى رقبة الدار ، وقوله لتسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اهـ إتقانى (قوله يرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة والعارية مؤداة » ووجه الاستدلال ظاهر ، وفيه تعميم بعد التخصيص ، لما عرف أن المنحة عارية خاصة عناية ولأن المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك مالم يحدث وله ذلك زيلعى (قوله ولو مؤقتة) لكن يكره قبل تمام الوقت لأن فيه خلف الوعد ابن كمال ؛

أقول: من هنا تعلم أن خلف الوعد مكروه لا حرام ، وفى الذخيرة: يكره تنزيها لأنه خلف الوعد ؛

أو فيه ضرر فتبطل وتبقى العين بأجر المثل ، كمن استعار أمة لترضع ولده وصار لايأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام وتمامه فى الأشباه .

ويستحب الوفاء بالعهد ، لكن استظهر العلامة أبو السعود كراهة التحريم ، ووفق شيخه بحمل ما فى الذخيرة ومن نحا نحوها بأن الكراهة للتنزيه على ما إذا وعد وكان من نيته الوفاء ثم طرأ الخلف فلا مخالفة اه :

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : لا يلزم الوفاء بالوعد شرعا ، والمسألة فى الأشباه من الحظر والإباحة وتفصيلها فى حواشيه :

قال فى الهندية : وأما أنواعها فأربعة :

أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع: وحكمه أن للمستعير أن ينتفع بها بأى نوع شاء وأى وقت شاء:

والثانى أن تكون مقيدة فيهما ، فلا يتجاوز ما سماه المعير إلا إذا كان خلافا إلى خير :

والثالث أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى الانتفاع :

والرابع عكسه ، فلا يتعدى ما سماه له المعير هكذا فى السراج الوهاج :

وفى فتاوى القاضى ظهير الدين : إذا كانت العارية مؤقتة بوقت فأمسكها بعد الوقت فهو ضامن ، ويستوى فيه أن تكون العارية مؤقتة نصا أو دلالة ، حتى إن من استعار قدوما ليكسر الحطب فكسره وأمسك حتى هلك يضمن اه :

وفى البزازية من الرابع من العارية : استعار قدرا نغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلا ضمن .

وفى جامع الفصولين : العارية لو مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار :

وفى الحامدية : والمكث المعتاد عفو ، وانظر ما يأتى عند قول المصنف ، فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها اه وانظر ما سنكتبه ثمة إن شاء الله تعالى ، والقول فى إطلاق العارية وتقييدها قول المعير (قوله أو فيه ضرر) يعنى فى رجوع المعير على المستعير (قوله فتبطل) أى بالرجوع (قوله كمن استعار أمة لترضع ولده) قيد بالأمة لأن الحرة لا تستعار ، وعلل المسألة فى العدة بأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اه :

قال فى الخانية : رجل استعار من رجل أمة لترضع ابنا له فأرضعته فلما صار الصبى لا يأخذ إلا ثديها قال المعير اردد علىّ خادمى . قال أبو يوسف : ليس له ذلك أى طلب الرد ، وله أجر مثل خادمه إلى أن يفطم الصبى اه (قوله فله أجر المثل) أى للمعير ، والأولى فعليه أى فعلى المستعير (قوله إلى الفطام) ومثله ما لو استعار دابة ليغزو عليها فطلبها بعد أن وصل إلى دار الشرك ولا يجد دابة يكتريها أو يشتريها فى ذلك المحل بطلت العارية ولكنها تبقى فى يده بأجر المثل إلى أن يجد كراء أو شراء كذا فى المنح : وينبغى أن يلحق بدار الحرب ما لو طلبها منه فى المفازة ، ويراد بقوله إلى موضع يجد فيه كراء أو شراء : أى بثمن وأجر المثل ، حتى لو كان فى مكان أو وصل إليه وطلب أزيد من أجر المثل أو ثمن المثل فى الشراء ينبغى أن لا يكلف ، وكذا لو وجد بثمن وأجر المثل لكن لم يوجد معه ثمة ما يشترى به أو يستأجر ولا يعطونه إلا حالا فليراجع (قوله وتمامه فى الأشباه) حيث ذكر مسألتين فيها فقال : لو رجع فى فرس الغازى قبل المدة فى مكان لايقدر على الشراء والكراء فله أجر المثل . وفيما إذا استعار أرضا للزراعة وزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد ولو لم يؤقت وتترك بأجر المثل اه وعزا ذلك للخانية . وعبارتها : كان للمستعير أن لا يدفعه إليه لأنه ضرر بين ، وعلى المستعير أجر المثل من الموضع الذى طلب صاحبه إلى أدنى الموضع الذى يجد فيه شراء أو كراء اه ومنه يعلم ما فى عبارة الأشباه من الإيجاز البالغ حد الإلغاز ، وكذا فى قوله إذا استعار أرضا إلى قوله وتترك بأجر المثل :

وفيها معزيا للقنية : تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها ، وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع .

قلت : وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما ، واعتمده محشيها فى تنوير البصائر ،

قال فى الخانية : ولو أن رجلا أعار أرضا ليزرعها ووقت لذلك وقتا أولم يوقت ولم يقارب الحصاد له ذلك. وفى الاستحسان : لايكون له ذلك حتى يحصد الزرع لأن المستعير لم يكن مبطلا فى الزراعة فتترك الأرض فى يده إلى الحصاد بالإجارة وتصير الإعارة إجارة اهـ : ومنه يعلم ما فى كلام الأشباه من الإيجاز تأمل وسيأتى (قوله وفيها معزيا للقنية) لم أجده فى القنية فى هذا المحل .

وعبارة الأشباه : تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه ووضعها ثم باع المعير الجدار فإن المشترى لا يتمكن من رفعها : وقيل لابد من شرط ذلك وقت البيع كذا فى القنية ، فكان الأولى حذف نعم (قوله لوضع جذوعه) أو أرضا لحفر سرداب (قوله وقيل نعم) مثل المشترى الوارث فيما ذكر ، لكن للوارث أن يأمر برفع الجذوع والسرداب بكل حال اهـ بيرى : أى ولو مع شرط القرار وقت وضع الجذوع أو وقت حفر السرداب ، بخلاف المشترى حيث لا يتمكن من الرفع مع هذا الشرط اهـ أبو السعود (قوله إلا إذا شرطه وقت البيع) أى إذا شرط البائع بقاء الجذوع ، والوارث فى هذا بمنزلة المشترى إلا أن للوارث أن يأمره برفع البناء على كل حال كما فى الهندية ، ومنه يعلم أن من أذن لأحد ورثته ببناء محل فى داره ثم مات فلباقى الورثة مطالبته برفعه إن لم تقع القسمة أو لم يخرج فى مقسمه .

وفى جامع الفصولين : استعار دارا فبنى فيها بلا أمر المالك أو قال له ابن لنفسك ثم باع الدار بحقوقها يؤمر البانى بهدم بنائه ، وإذا فرط فى الرد بعد الطلب مع التمكن منه ضمن سائحانى (قوله قلت وبالقيل جزم فى الخلاصة) وكذا فى الخانية كما قدمنا عبارته قبيل دعوى النسب ، وأفتى به الخير الرملى فى فتاويه (قوله واعتمده محشيها فى تنوير البصائر) قال فيها : ينبغى اعتماد القول بعدم لزومها فى الصورة المذكورة ، وللمشترى المطالبة برفعها إلا إذا شرط قرارها وقت البيع لقولهم إن العارية غير لازمة كما فى الخلاصة والبزازية وغيرهما .

وقد جزم بذلك صاحب الخلاصة فى الفرع المذكور فقال : وعلى هذا لو استأذن رجلا فى وضع الجذوع على الحائط أو حفر سردابا تحت داره ففعل ثم باع صاحب الدار داره فطلب المشترى رفع الجذوع له ذلك وكذا السرداب ، إلا إذا شرط وقت البيع قراره ومثله فى جامع البزازى انتهى ، والمراد بقوله إلا إذا شرط : أى البائع ، إذ لايعتبر الشرط من المستعير ، وفى صحة هذا الاشتراط من البائع نظر .

قال الشارح فى باب البيع الفاسد : لو شرط أن يسكنها فلان أو أن يقرضه البائع أو المشترى كذا فالأظهر الفساد ذكره أخى زاده . وظاهر البحر ترجيح الصحة : أى فيما إذا كان الشرط فيه نفع للأجنبى ، فما اعتمده صاحب تنوير البصائر من اشتراط إبقاء الجذوع على الحائط وحفر السرداب عارية أن يبقى ذلك فى ملك المشترى بناء على ترجيح صاحب البحر من أن الشرط إذا كان للأجنبى لايفسد البيع ، تأمل وراجع البحر فى باب البيع الفاسد ، فإن ظاهره لايفسد البيع ، ولا يلزم الشرط .

فالحاصل أنه لو شرط مافيه نفع للأجنبى ، قال بعضهم يفسد البيع ، وقال البعض لايفسد ، ولايلزم الشرط ، بل يكون المشارط بالخيار إما أن يمضى البيع ويترك الشرط أو يفسخه ، ولم يقل أحد بلزوم الشرط ، والقول

ولم يتعقبه ابن المصنف فكأنه ارتضاه فليحفظ :

(ولا تضمن بالهلاك من غير تعدّ) وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن خلافا للجوهرة (ولا تؤجر ولا ترهن)

بلزوم إبقاء الجذوع والسرداب مغاير للقولين تأمل ، وإنما قلنا وإبقاء السرداب عارية ، لأنه لو كان مالكه ذلك وباع الباقى صح ذلك وامتنع رجوعه لخروج العين عن ملك المالك ، فكذا المشترى لايملك الرجوع فليحرر (قوله ولم يتعقبه ابن المصنف) وكذا نقله السيد الحموى وأقره (قوله ولا تضمن بالهلاك) ولو فى حال الاستعمال ، وهذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير ، فإن ظهر استحقاقها ضمنها ، ولا رجوع له على المعير لأنه متبرع ، وللمستحق أن يضمن المعير ، ولا رجوع له على المستعير ، بخلاف المودع والحالة هذه حيث يرجع على المودع لأنه عامل له بحر ، وإنما ضمنها حينئذ لأنه تبين أنها ليست بعارية ، لأن العارية تمليك المنفعة والتمليك إنما يكون من المالك وهذا غصب لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه. أما إذا ضمن المالك المعير فإنه يملكها بالضمان مستندا إلى حين الإعارة فتبين أنه أعار ملكه فلذا لايرجع على المستعير لتحقق العارية حينئذ ، وهى لاتضمن وإنما لاتضمن بالهلاك إذا كانت مطلقة ، فلو مقيدة كأن يعيره يوما ، فلو لم يردها بعد مضيه ضمن إذا هلكت كما فى شرح المجمع وهو المختار كما فى العمادية انتهى .

قال فى الشرنبلالية : سواء استعملها بعد الوقت أو لا . وذكر صاحب المحيط وشيخ الإسلام إنما يضمن إذا انتفع بعد مضى الوقت لأنه حينئذ يصير غاصبا أبو السعود (قوله من غير تعد) أما لو تعدى ضمن إجماعا كما لو كبحها باللجام أو دخل المسجد وتركها فى السكة فهلكت أو استعارها ليركبها فحبسها أو أخرجها ليسقيها فى غير الجهة المعينة فهلكت ، وكذا إذا استعار ثورا ليحرث أرضه فقرنه بثور أعلى منه ولم تجر العادة بذلك فهلك ، ولو تركه يرعى فى المرج فضاع إن كانت العادة هكذا فلا ضمان إن لم يعلم أو كانت العادة مشتركة ضمن .

ولو نام فى المفازة ومقود الدابة فى يده فسرقت إن كان مضطجعا ضمن ، وإن كان جالسا لايضمن وهذا فى غير السفر . أما فى السفر لايضمن بالنوم مطلقا إذا كان المستعار تحت رأسه أو موضوعا بين يديه أو حواليه بحيث يعد حافظا عادة بحر .

قال فى جامع الفصولين : إذا استعار ثورا ليكرب أرضه فكرب أرضا أخرى يضمن إذا عطب ، وكذا لو قرنه بثور أعلى منه ، كما إذا كان الثور المستعار قيمته خمسون وثور المستعير قيمته مائة يبرأ لو كان الناس يفعلون مثل ذلك وإلا ضمن .

أقول : ينبغى أن لايضمن لو كرب مثل الأرض المعينة أو أرخى منها ، كما لو استعار دابة للحمل وسمى نوعا فخالف لايضمن لو حمل مثل المسمى أو أخف منه كما سيجىء انتهى فتأمل (قوله وشرط الضمان باطل) هو ماعليه الأكثر كما قدمناه (قوله كشرط عدمه) أى عدم الضمان (قوله فى الرهن) أى إذا هلك (قوله خلافا للجوهرة) حيث جزمت بصيرورتها مضمونة بشرط الضمان ولم تقل فى رواية مع أن فيها روايتين كما يؤخذ من عبارة الزيلعى ومما قدمناه عن الهندية .

وفى البزازية : أعرنى هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن وضاع لايضمن انتهى ، وفى التحفة : إذا شرط الضمان فى العارية هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه انتهى ؟

لأن الشيء لا يتضمن مافوقه (كالوديعة) فإنها لا تؤجر ولا ترهن، بل ولا تودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار. وأما المستأجر فيؤجر

(قوله لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه) والإجارة أقوى للزومها . وأما الرهن فإنه إيفاء لدينه عند الهلاك أو الاستهلاك ، وليس له أن يوفى دينه من مال الغير بغير إذنه (قوله لا تؤجر ولا ترهن) للعلة المذكورة، وهى أن الإعارة دون الإجارة والرهن ، والشيء لا يتضمن مافوقه درر لأن الإجارة لازمة والرهن إيفاء أى فيه إيفاء الدين بها من وجه فهو تمليك لها والعارية لا تمليك فيها وهذا بغير إذن المالك كما يأتى، أما به فيصح ولأنها غير لازمة فى الأصل والإجارة لازمة، فلو ملك المستعير أن يؤجر العارية لوقعت إجارته إما لازمة أو غير لازمة ، فإن وقعت غير لازمة يلزم عدم لزوم الإجارة وهو خلاف موضوعها ، وإن وقعت لازمة يلزم لزوم العارية وهو خلاف موضوعها وذلك لأن الإجارة إذا لزمت تصير العارية لازمة لعدم إمكان الاسترداد فيها ، ولا ترهن العارية أيضا لأنها غير لازمة والرهن لازم ، فلو جاز للمستعير أن يرهن العارية لزم لزوم مالا يلزم وهو العارية ، أو عدم لزوم مالا يلزم وهو الرهن ذكره الشمنى (قوله ولا تودع) أى كما أن الوديعة لا تتضمن مافوقها كذلك لا تتضمن مثلها (قوله ولا تعار) لأن العارية أقوى لأن فيها تمليك المنافع لأن المودع لا يملك الانتفاع والمعار يملكه (قوله بخلاف العارية) أى فإنها تودع وتعار : أى مطلقا عند الإطلاق . أما عند التقييد بمستعمل فليس له أن يعير إلا إذا كان الاستعمال لا يختلف كالسكنى والحمل والزراعة ، وإن شرط أن ينتفع هو بنفسه لأن التقييد فيما لا يختلف غير مفيد كما فى شرح المجمع .

قال المصنف فى شرحه : واختلفوا فى إيداع المستعير . قال بعض المشايخ : ليس له أن يودع مطلقا منهم الكرخى ، واستدلوا عليه بمسألة ذكرها فى الجامع أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبى فهلكت فى يد الرسول ضمن المستعير العارية ، وليس ذلك إلا إيداعا منه .

قال الباقلانى : هذا القول أصح ، لأن الإيداع تصرف فى ملك الغير وهو العين بغير إذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الإعارة لأنه تصرف فى المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا . وأكثرهم على أنه يجوز ، منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الأئمة ، لأن الإيداع دون الإعارة والعين وديعة عند المستعير فى العارية ، فإذا ملك الأعلى فالأولى أن يملك الأدنى . قال ظهير الدين المرغينانى وعليه الفتوى اهـ وجعل الفتوى على هذا فى السراجية أيضا .

وفى الصيرفية أن القول بأن العارية تودع أو لا تودع محله ما إذا كان المستعير يملك الإعارة، أما فيما لا يملكها لا يملك الإيداع ، والله تعالى أعلم .

أقول : ومن الصور التى لا تملك فيها الإعارة مالو انتهت مدتها وهو ماذكره المصنف . ومنها مالو عين المعير للمستعير أن لا يعير فيما يختلف بالاستعمال كركوب الدابة ولبس الثوب لأنهما يختلفان باختلاف المستعملين كما سيذكره المصنف (قوله وأما المستأجر) بفتح الجيم فيؤجر : أى من غير مؤجره ، فلا تجوز وإن تخلل ثالث به يفتى للزوم تمليك المالك ، ولا يؤجره بأكثر مما استأجره ، أطلقه وهو مقيد بما لا يختلف الناس بالانتفاع به .

قال فى البزازية : إعارة المستأجر تجوز إلا فى شيئين : استأجرها ليركبها بنفسه ليس له إركاب غيره لا ببدل ولا مجانا، وكذا لو استأجره ليلبسه ليس له الإعارة ولا الإجارة لغيره لأنهما يختلفان باختلاف المستعملين، حتى لو استأجر دابة للركوب مطلقا يقع على أول مايوجد ، فإن ركب أو أركب تعين وليس له غيره بعد انتهى .

ويودع ويعار ولا يرهن : وأما الرهن فكالوديعة :
وفى الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تمليكا لغيره بدون إذن سواء قبض أولا فقال :
ومالك أمر لا يملكه . . . .

وفى الحافظية : وقولهم يؤجر المستأجر ويعير ويودع فيما لايختلف الناس فى الانتفاع به انتهى .
وفى وديعة البحر عن الخلاصة : والوديعة لاتودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، والمستأجر يؤجر ويعار ويودع ، ولم يذكر حكم الرهن ، وينبغى أن يرهن اه .
وفى قول الخلاصة : وينبغى نظر لأنه قد مر آنفا فى مختارات النوازل لصاحب الهداية أن المستأجر لايرهن ، اللهم إلا أن يكون فى المسألة روايتان ، أو سقطت كلمة «لا» من عبارة أن يرهن فى الخلاصة سهوا من قلم الناسخ :
لايقال : لعل مراد صاحب الخلاصة من قوله ينبغى أن يرهن هو الرهن لا المستأجر . لأنا نقول : لامجال لذلك الاحتمال لأنه ذكر فى الخلاصة أيضا فى كتاب الرهن أن الرهن لايرهن ، أفاده فى نور العين ، ولذلك زدت فى عبارته «لا» من غير تنبيه عليها فى الوديعة عند قوله الدفع لمن فى عياله (قوله ويودع) لكن الأجير المشترك يضمن بإيداع ماتحت يده ، لقول الفصولين : ولو أودع الدلال ضمن سائحانى (قوله ويعار) فيركب من شاء إذا استأجر له ويتعين أول راكب كما يأتى (قوله ولا يرهن) لأن فيه إبقاء الدين وهو تمليك لعينه ، والمستأجر إنما ملكت منافعه لاعينه (قوله فكالوديعة) فلا يؤجر ولا يرهن ولا يودع ولا يعار .
قال فى الأشباه : الوديعة لاتودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، والمستأجر يؤجر ويعار ولا يرهن ، والعارية تعار ولا تؤجر ، وإنما جازت إعارة المعار والمؤجر للإطلاق فى الانتفاع وهو معدوم فى الإيداع .
فإن قيل : إن أعار فقد أودع . قلنا هذا ضمنى لاقصدى ، والرهن كالوديعة لايودع ولايعار ولايؤجر . وأما الوصى فيملك الإيداع والإجارة دون الإعارة كما فى وصايا الخلاصة ، وكذا المتولى على الوقف والوكيل بقبض الدين بعد مودعا فلا يملك الثلاثة كما فى جامع الفصولين (قوله ومالك أمر الخ) مالك مبتدأ وجملة لايملكه صفة له ، وقوله وكيل الخ هو الخبر .
قال الشارح ابن الشحنة : قد ذكرها قاضيخان مجموعة فقال :
الأولى : الوكيل ليس له أن يوكل فيما وكل فيه لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل : والناس متفاوتون فى الآراء وقد رضى برأيه دون رأى غيره ، فلو أذن له فى ذلك جاز .
الثانية والثالثة : المستعير والمستأجر وكل منهما ذكرله صورتين ، فالمستعير إذا استعار دابة ليركبها ليس له أن يعيرها لغيره إلا أن يكون أمره بذلك أو أباحه له .
ولو استعار قباء أوقيصا ليلبسه ليس له أن يعيره لغيره بدون أمره . والأصل فى ذلك أن العارية إذا كانت مما يختلف باختلاف المستعملين ليس للمستعير أن يعير بدون أمر المعير وإن كانت لا تختلف يجوز . والمستأجر لو استأجر دابة ليركبها بنفسه ليس له أن يؤجرها للغير لا للركوب ولا للحمل إلا بأمر المؤجر . ولو استأجر الثوب ليلبسه هو بنفسه ليس له أن يؤجره لغيره لما مر وإلى ذلك أشار بقوله ركوبا ولبسا فيهما أى فى العارية والإجارة .
الرابعة : المضارب بفتح الراء ليس له أن يضارب غيره بغير إذن .

. . . . . بدو ن أمر وكيل مستعير ومؤجر
ركوبا ولبسا فيهما ومضارب ومرتهن أيضا وقاض يؤمر
ومستودع مستبضع ومزارع إذا لم يكن من عنده البذر يبذر

الخامسة : المرتهن لايملك أن يرهن الرهن بغير إذن الراهن فإنه رضى بحبسه لابحبس غيره ، فإن فعل فهلك عند الثانى كان للمالك أن يضمن أيهما شاء قيمة الرهن ، فإن ضمن الأول لايرجع على واحد ، وإن ضمن الثانى له الرجوع على الأول .

السادسة : القاضى ليس له أن يستخلف بدون إذن الإمام ولم يذكر هذه المسئلة قاضيخان هنا ، وذكرها فى الهداية ، وهى مقيسة على الوكيل .

السابعة : المستودع لايملك الإيداع عند أجنبى إلا أن يأذن له لأن المالك إنما رضى بيده دون يد غيره والأيدى تختلف فى الأمانة . وأيضا الشيء لا يتضمن مثله كما مر .

الثامنة : المستبضع لايملك الإبضاع ، فإن أبضع وهلك كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء ، فإن سلم وحصل الربح كان لرب المال .

التاسعة : رجل أخذ أرضا وبذرا ليزرعها ولم يقل له صاحب الأرض اعمل فيها برأيك لايدفع إلى غيره مزارعة . فإن كان البذر من قبل الآخر كان له أن يدفع إلى غيره مزارعة على كل حال . وقد عدها المصنف أحد عشر ، فإنه جعل الركوب واللبس مسألتين مستقلتين ، ولا يخفى أنهما صورتان تحت الإجارة والإعارة اهـ (قوله بدون أمر) أى من الأصيل ، ونصف البيت الواو من دون (قوله وكيل) فليس له أن يوكل فيما وكل فيه لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل الخ (قوله مستعير) أى إذا استعار دابة ليركبها ليس له أن يعيرها لغيره إلا أن يكون أمره بذلك أو استعار قميصا ليلبسه ليس له أن يعيره لغيره بدون أمر المعير الخ (قوله ومؤجر) بفتح الجيم : هو المستأجر بكسرها ، يعنى لو استأجر دابة ليركبها بنفسه أو قميصا ليلبسه بنفسه ليس له أن يركب غيره ولا يحمل ، وكذا ليس له أن يلبس القميص إلا بأمر (قوله ركوبا ولبسا فيهما) أى فى المستعار والمؤجر : أى للركوب واللبس فيهما ، فهو منصوب على المفعول لأجله ، وإنما لايملك المستعير والمستأجر ذلك فى الركوب واللبس ونحوهما للاختلاف بالمستعمل إلا بالإذن . أما مالا يختلف فله ذلك بدون الإذن ولكن يخالف هذا ما يأتى متنا من قوله وله أن يعير ما اختلف استعماله أو لا :

وقال فى المنح : ومثله المستأجر ، نعم هو صحيح فيما إذا عين المعير فإنه لايعيره حينئذ بدون إذن فيما يختلف استعماله لكنه أطلق هنا المستعير والمؤجر ، ووافقه عليه الشرنبلالى فى شرحه ، لكن الذى يظهر أنه هنا محمول على ما إذا قيد بلبسه وركوبه وليحرر (قوله ومضارب) بكسر الراء فليس له أن يضارب بغير إذن (قوله ومرتهن) فلا يملك أن يرهن بغير إذن الراهن لأنه رضى بحبسه لابحبس غيره الخ (قوله وقاض يؤمر) أى يستخلف فليس له أن يستخلف بدون إذن الإمام (قوله ومستودع) بفتح الدال لايملك الإيداع عند أجنبى إلا أن يأذن له المالك الخ (قوله ومستبضع) فإنه لايملك الإبضاع ، فإن أبضع وهلك كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء الخ (قوله ومزارع) أى من أخذ الأرض مزارعة وكان البذر من ربها لايدفعها إلى غيره مزارعة بدون أمر ، فإن كان البذر من قبل المزارع كان له أن يدفع إلى غيره مزارعة مطلقا (قوله من عنده) أى المزارع (قوله يبذر)

قلت والعاشرة: وما للمساق أن يساقى غيره وإن أذن المولى له ليس ينكر

(فإن آجر) المستعير (أو رهن فهلكت ضمنه المعير) للتعدى (ولا رجوع له) للمستعير (على أحد) لأنه بالضمان ظهر أنه آجر ملك نفسه . ويتصدق بالأجرة خلافا للثانى (أو) ضمن (المستأجر) سكت عن المرتهن. وفى شرح الوهبانية : الخامسة لايملك المرتهن

(قوله وما للمساقى) بالبناء للمجهول حال من البذر ومن عنده خبر أو هو خبر كان . وقوله من عنده متعلق به ذكره ابن وهبان فى فصل المساقاة والمزارعة . ووجه المنع أن الدفع إلى غيره فيما فيه إثبات الشركة فى مال غيره بغير إذنه فلا يصح (قوله وإن أذن المولى) أى المالك فإنه من معانيه (قوله ضمنه) بتشديد الميم مبنى للفاعل والمعير فاعل والضمير فى ضمنه راجع للمستعير (قوله أجر ملك نفسه) أى وكذا رهن ملك نفسه فى صورة الرهن (قوله ولا رجوع له على أحد) عبارة مسكين : على المستأجر ، وهكذا فسره القهستانى وقال : فلا فائدة فى النكرة العامة .

قال أبو السعود : وتعقبه شيخنا بأن طلب الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهنا بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن (قوله ويتصدق بالأجرة) أى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لأنه صار بمنزلة الغاصب والغاصب إذا أجر يملك الأجرة ويتصدق بها لأنها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق اه إتقانى بزيادة (قوله خلافا للثانى) ينظر وجهه (قوله سكت عن المرتهن) أى لو أن المستعير رهن العارية بدون إذن هل يضمن المرتهن أو لا ؟ لم يذكر حكمه . ونقل عن شرح الوهبانية أن المرتهن لايملك الرهن ، فلو رهن وهلك الرهن فللمالك الخيار ، إن شاء ضمن المرتهن الأول ، وإن شاء ضمن الثانى ، فإن ضمن الثانى رجع على الأول لأنه غره فى ضمن عقد . ويؤخذ منه جواب مسألتنا لأن كلا من المستعير والمرتهن لايملكان الرهن ، فكما أن المرتهن إذا رهن يخير المالك فى تضمين أيهما شاء ويرجع الثانى على الأول إن ضمنه فكذلك الحكم فى المستعير إذا رهن . ومتى ضمن المرتهن الثانى والمرتهن من المستعير يرجع كل منهما بالدين على الراهن عنده لأنه تبين أن الدين لارهن به لأنهما ملكاه بضمانه .

وفى حاشية أبى السعود على مسكين : قال الشرنبلالى : وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه .

قال شيخنا : حكم المرتهن فى هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندى لأنه قبض مال الغير بلا إذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وبأداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن ، لما علمت من كونه غاصبا ويرجع بدينه اه . وتقييده بقوله ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهنا فإنه يرجع على الأول اه وهذا ماذكره الشارح بقوله وفى شرح الوهبانية الخ فليس بيانا لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه بل بيان لفائدة أخرى تأمل ولكن بيانه الذى قدمناه قبل عبارة أبى السعود .

والحاصل أن مافى شرح الوهبانية ليس مما نحن فيه ، إذ كلامنا فى رهن المستعير وما فيه فى رهن المرتهن ، وعليه فكان الأولى أن يقول لما سيأتى فى كتاب الرهن من أنه إن قيده بقدر أو جنس لو مرتهنا تقيد ، فإن خالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن إلا إذا خالف إلى خير ، فإن ضمن المستعير ثم عقد الرهن ، وإن ضمن المرتهن رجع بما ضمن وبالدين على الراهن ، وإن وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا لدينه ووجب مثله للمعير على المستعير إن كان كله مضمونا وإلا ضمن قدر المضمون والباقى أمانة الخ (قوله الخامسة) أى من

أن يرهن فيضمن ، وللمالك الخيار ويرجع الثانى على الأول (ورجع) المستأجر (على المستعير إذا لم يعلم بأنه عارية فى يده) دفعا لضرر الغرور .

(وله أن يعير ما اختلف استعماله أولا إن لم يعين) المعير (منتفعا ، و) يعير (مالا يختلف إن عين) وإن اختلف لا للتفاوت ، وعزاه فى زواهر الجواهر للاختيار

مسائل النظم المتقدم قريبا وقد سلف مافيه (قوله أن يرهن) أى بدون إذن الراهن (قوله ويرجع الثانى) أى إن ضمن (قوله على الأول) يعنى أن المرتهن لايملك الرهن ، ولو رهن وهلك الرهن فللمالك الخيار ، إن شاء ضمن المرتهن الأول أى ولا يرجع على أحد كما فى ابن الشحنة ، وإن شاء ضمن الثانى ، فإن ضمن الثانى رجع على الأول لأنه غره فى ضمن عقد فهذا ليس بيانا لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه كما عرفت (قوله إذا لم يعلم بأنه عارية فى يده) بأن نص على الإطلاق كما سيذكره قريبا . أما إذا علم فلا رجوع لعدم الغرور (قوله ما اختلف استعماله أولا) الأول كاللبس والركوب والزراعة والثانى كالسكنى والحمل والاستخدام (قوله إن لم يعين المعير منتفعا) أى بأن نص على الإطلاق ، كما لو استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس له أن يعيرها ويكون ذلك تعيينا للراكب واللابس ، فإن ركب هو بعد ذلك . قال الإمام على البزدوى يكون ضامنا . وقال السرخسى وخواهر زاده لايضمن كذا فى فتاوى قاضيخان ، وصحح الأول فى الكافى بحر وسيأتى قريبا .

أقول : وهذا بظاهره يخالف ماتقدم عن الوهبانية ؛ والظاهر حمله على ما إذا لم يأمره المالك بذلك أو لم يبحه له ، أما إذا أمره بذلك أو أباحه له فيجوز كما هنا وقدمناه عن شارحها .

وما فى البحر عن المحيط : استعار دابة ليركبها فركب وأركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها ، معناه أنهما ركباها معا لأن سبب العطب ركوبهما معا وأحدهما مأذون فيه فلهذا ضمن النصف ، حتى لو أركب غيره فقط ضمن الكل هكذا استظهره العلامة أبو السعود ، وقوله حتى لو أركب غيره يعنى بعد ماركب هو لأن له أن يعير ما اختلف استعماله إن لم يعين منتفعا كما سمعت (قوله إن عين) أى منتفعا (قوله وإن اختلف لا) أى إن عين منتفعا واختلف استعماله لايعير للتفاوت . قالوا : الركوب واللبس مما اختلف استعماله ، والحمل على الدابة والاستخدام والسكنى مما لايختلف استعماله قاله أبو الطيب . وقال الشمنى لأن التقييد بالمنتفع فيما لايختلف استعماله لايفيد لعدم التفاوت ، بخلاف مايختلف استعماله لأن المعير رضى بذلك المعين دون غيره اه مدنى .

قال الشرنبلالى أقول : هذا القيد ليس باحترازى لقول الزيلعى وإن كان لايختلف يعنى النفع كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره فى أىّ وقت شاء ، لأن التقييد بالانتفاع فيما لايختلف لايفيد ، إلا أن يقال إن للوصل وإن كان الأكثر استعمالها مقرونة بواو الحال على حد قوله تعالى — فذكر إن نفعت الذكرى — فإن فيه وصلية بدون واو وإن كان قليلا اه .

أقول : هذا البحث ساقط غير وارد لأن المصنف قدم أنه يعير مطلقا إن لم يعين وأفاد ثانيا أنه إن عين يعير مالا يختلف .

وقال الشارح : وإن اختلف لا فكان هذا تصريحا بالمفهوم وتفصيلا له ، والشارح رحمه الله تعالى لم يعوّل على هذا البحث لما ذكرنا ، وهذا إنما يرد على مثل عبارة العينى عند قول الكنز ويعير مالا يختلف بالمستعمل : أى باختلاف المستعمل كالسكنى والحمل ، هذا إذا صدرت مطلقة ، وإن كانت مقيدة بشىء تتقيد به اه كيرد

(ومثله) أى كالمعار (المؤجر) وهذا عند عدم النهى ، فلو قال لاتدفع لغيرك فدفع فهلك ضمن مطلقا خلاصة .
(فمن استعار دابة أو استأجرها ،طلقا) بلا تقييد (يحمل) ما شاء (ويعير له) للحمل (ويركب) عملا بالإطلاق (وأيافعل) أولا (تعين) مرادا (وضمن بغيره) إن عطبت ، حتى لو ألبس أو أركب غيره لم يركب بنفسه بعده هو الصحيح كافى .
(وإن أطلق) المعير أو المؤجر (الانتفاع فى الوقت والنوع انتفع ما شاء أىّ وقت شاء)

عليه ماقاله من التقييد بالانتفاع فيما لايختلف لايفيد (قوله ومثله المؤجر) بفتح الجيم : أى إذا أجر شيئا ، فإن لم يعين من ينتفع به فللمستأجر أن يعيره سواء اختلف استعماله أو لا ، وإن عين يعير مالا يختلف استعماله لا ما اختلف منح (قوله مطلقا) بلا تقييد .

أقول : الظاهر أنه أراد بالإطلاق عدم التقييد بمنتفع معين لأنه سيذكر الإطلاق فى الوقت والنوع وإلا لزم التكرار تأمل .

قال فى التبيين : ينبغى أن يحمل هذا الإطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال على أن أركب عليها من أشاء كما حمل الإطلاق الذى ذكره فى الإجارة على هذا اه فما أوهمه قول المؤلف بلا تقييد بالنظر لما يختلف لايتم ط .

قلت : فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقا إن لم يعين بالنسبة للمختلف على ما إذا نص على الإطلاق لا على مايشمل السكوت ، لكن فى الهداية : لو استعار دابة ولم يسمّ شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل ويركب غيره الخ فراجعها (قوله يحمل ماشاء) أى من أى نوع كان ، لأنه أمره بالانتفاع مطلقا والمطلق يتناول أىّ انتفاع شاء فى أى وقت شاء ، وإليه التعيين بفعله إن شاء استعملها فى الركوب أو فى الحمل عليها ، وأىّ ذلك فعل لايمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك ، لأن المطلق إذا تعين بقيد لايبقى مطلقا بعد ذلك ويشترط فى الحمل أن تطيقه الدابة ، أما لو كان لاتطيقه فهلكت ضمن لأنه ليس له ذلك حتى فى دابة نفسه ط بزيادة .

أقول : الذى يظهر لى أن الإطلاق فى غير الدواب المعدة للركوب خاصة ، أما هى كأصائل الخيل المعروفة بالقسرافات من خيل العرب كالمعنقية والجدرانية وكحيلة العجوز حتى البسطة منها كالمسماة بسمار الخيل فإنها لا تحمل عادة وعرفا ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فلو حمل عليها ولو قدر طاقتها مما يحمل عادة على غيرها من بقية الخيل التى تحمل عادة وعطبت ينبغى أن يضمن تأمل وراجع (قوله ويركب) بفتح أوله وضمه أى بنفسه ويعير له ، وحذفه للعلم به من سابقه (قوله وضمن بغيره الخ) أى فيما يختلف بالمستعمل كما يفيده السباق واللحاق سائحانى ، وقدمنا عن الزيلعى أنه ينبغى تقييد عدم الضمان فيما يختلف بما إذا أطلق الانتفاع فافهم (قوله هو الصحيح) فإن ركب وعطبت ضمن لأنه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا .

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده إنه لا يضمن ، وهذا أصح عندى ، لأن المستعير من المستعير إذا لم يضمن بالركوب أو اللبس لأنه استعمل العين بإذن المستعير وتمليكه فلأن لا يضمن إذا ركب بعد ذلك بنفسه بالطريق الأولى لأنه استعمله بالملك ، لأنه لو لم يملك لما ملك غيره وأقره الإتقانى (قوله ما شاء) أى أىّ نوع شاء وأيا فعل تعين .

روى بشر عن أبى يوسف : إذا استعار دابة أو ثوبا فاستعمل فى المصر ثم خرج بها من المصر واستعمل فهو ضامن ، وإن لم يستعمل فى الثوب لايضمن لأن الخروج به حفظ وفى الدابة يضمن ، لأن الخروج بها تضييع معنى كما فى الذخيرة

لما مر (وإن قيده) بوقت أو نوع أو بهما (ضمن بالخلاف إلى شر فقط) لا إلى مثل أو خير (وكذا تقييد الإجارة بنوع أوقدر) مثل العارية (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب) عند الإطلاق (قرض

ومن استعار دابة ليركبها إلى مكان معلوم ففي أي طريق ذهب وكان مما يسلكه الناس لم يضمن ، وإن كان مما لا يسلكه الناس ضمن ، لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف كما في الفصول العمادية (قوله لما مر) من العمل بالإطلاق (قوله وإن قيده بوقت) أي ولو التقييد معنى ، حتى لو استعار كتابا ليحضر فيه درس فلان فأتمه أو ترك الدرس وجب رده لأنه مقيد معنى بمدة قراءة الكتاب وهو يحضره ، وقدمنا مسألة استعارة القدوم وهي نظيرها .

قال في البحر : وإذا قيدها بوقت فهي مطلقة إلا في حق الوقت ، حتى لو لم يردها بعد الوقت مع الإمكان ضمن إذا هلكت سواء استعملها بعد الوقت أم لا اهـ ولو كانت مقيدة بالمكان فهي مطلقة إلا من حيث المكان ، حتى لو جاوزه ضمن ؛ وكذا لو خالف ضمن ، وإن كان هذا المكان أقرب من المكان المأذون فيه خلاصة .

وفي فتاوى قاضيخان : إذا استعار دابة إلى موضع كذا كان له أن يذهب عليها ويجيء ، وإن لم يسم له موضعا ليس له أن يخرج بها من المصر اهـ ومثله في جامع الفصولين (قوله أو بهما) أي فتتقيد من حيث الوقت كيفما كان ، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل ، وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة كما مر ، وقد قيد هذا الأخير كما في البدائع ، وقضى بالخلاف إلى مثل أو خير ولم يذكر التقييد بالمكان ، لكن أشار إليه الشارح في الآخر . وذكره المصنف قبل قوله ولا تؤجر فقال : استعار دابة ليركبها في حاجة إلى ناحية سماها فأخرجها إلى النهر ليسقيها في غير تلك الناحية ضمن إذا هلكت ، وكذا إذا استعار ثورا ليكرب أرضه فكرب أرضا أخرى يضمن . وكذا إذا كرى ثورا أعلى منه لم تجر العادة به .

وفي البدائع : اختلفا في الأيام أو المكان أو ما يحمل فالقول للمعير بيمينه . وفي الداماد : وإن اختلفا فيما يحمل على الدابة أو في مسافة الركوب والحمل أو في الوقت فالقول في ذلك كله للمعير بيمينه .

وفي جامع الفصولين : استعارها شهرا فهو على المصر ، وكذا في إعارة خادم وإجارته وموصى له بخدمته اهـ (قوله لا إلى مثل) بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة معينة فحمل عليها هذا القدر من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره (قوله أو خير) بأن حمل قدر هذه الأقفزة المعينة من الشعير فإنه لا يكون ضامنا لأنه إنما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا ، حتى لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير فى القياس يضمن ، واختاره الإمام السرخسي لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة ، كذا في النهاية .

وصحح الولوالجي عدم الضمان ، وخواهر زاده سوّى بين الكيل والوزن وهو الصحيح ، قال لأنه أقل ضررا بخلاف التبن لأنه يأخذ ما وراء موضع الحمل وهو أضعف من الحمل وهو الاستحسان وبه كان يفتى الصدر الشهيد كما في الفصول العمادية (قوله مثل العارية) على تقدير أي (قوله والمعدود المتقارب) مثل الجوز والبيض وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر التي لا تقع الإجارة على منافعها قرض كما قدمناه (قوله عند الإطلاق) هو عدم وجود ما يقتضي الانتفاع بها مع بقاء عينها الذي سيشير إليه بقوله حتي لو استعارها الخ (قوله قرض) أي إقراض ولو كان قيميا بحر لأن العارية بمعنى الإعارة

ضرورة استهلاك عينها (فيضمن) المستعير (بهلاكها قبل الانتفاع) لأنه قرض، حتى لو استعارهما ليعير الميزان أو يزين الدكان كان عارية، ولو أعاره قصعة ثريد فقرض، ولو بينهما مباسطة فإباحة. وتصح عارية السهم ولا يضمن لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك صيرفية.

كما مر وهى التمليك، وتمامه فى العزمية (قوله ضرورة استهلاك عينها) يعنى والعارية الحقيقية ما ينتفع بها مع قيام العين.

قال فى التبيين: لأن الإعارة إذن فى الانتفاع به، ولا يتأتى الانتفاع بهذه الأشياء إلا باستهلاك عينها، ولا يملك الاستهلاك إلا إذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض، والقرض أدناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين اه أى فوجب المصير إليه ولأن للقرض شبها بالعارية، لأن فيها يسترد عينها بعد الانتفاع، وفى القرض يسترد مثله والمثل يقوم مقام العين عند تعذرها. ومثله فى الدرر والعينى. قالوا: هذا إذا أطلق الإعارة. وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا، ولا يكون إلا المنفعة المسماة ذكره فى الإيضاح (قوله فيضمن المستعير بهلاكها قبل الانتفاع) ويصح بيعه من مقرضه لأنه باع ملك نفسه.

ولو اشتراه من مقرضه لا يصح، لأنه اشترى ملك نفسه، ولو اشترى عليه من مقرض صح لأنه مقدور التسليم بكونه فى ذمته، وإن تفرقا قبل قبضه بدله فسد للافتراق عن دين بدين، وإن نقد فى المجلس صح اه ط عن الشلبى (قوله حتى لو استعارهما) أى الثمنين وهو تفريع على مفهوم قوله عند الإطلاق (قوله ليعير الميزان) أى بالدنانير مثلا. قال فى القاموس: وعير الدنانير وزنها واحدا بعد واحد. وفى المختار: وعار المكاييل والموازين عيارا، ولا تقل عير، والمعيار بالكسر: العيار والأصل عاير. والجوهرى نهى عن أن يقال عير يعقوبية (قوله أو يزين) بفتح الياء من زان وهو متعد، ومنه الحديث «ما دخل الرفق فى شىء إلا زانه» ط أو بضم الياء مع تشديد الياء الثانية من الزينة، ومنه قوله تعالى — والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة — (قوله كان عارية) لأنه أمكن العمل بحقيقة الإعارة وهو تمليك المنافع مع بقاء العين على ملك المعير ط ولأنه عين الانتفاع، وإنما تكون قرضا عند الإطلاق كما تقدم (قوله فقرض) فعليه مثلها أو قيمتها خلاصة ومنح

أقول: وهو مشكل لأن القرض لا يكون فى القيميات ولا يضمن بالقيمة. وجوابه أن قرض القيمى فاسد وقدم الشارح أن المقبوض بقرض فاسد كالمقبوض ببيع فاسد أى فيكون مضمونا بالقيمة تأمل. وقدمناه. (قوله فإباحة) ولا ضمان لأنه يستهلكها على ملك المبيح.

قال فى الخانية: أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها كان عليه مثلها أو قيمتها. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يكن بينهما دلالة الهبة والتهادى اه كما قدمناه (قوله وتصح عارية السهم) أى ليغزو دار الحرب لأنه يمكن الانتفاع به فى الحال وأنه يحتمل عوده إليه برمى الكفرة بعد ذلك منح عن الصيرفية. ونقل عنها قبل هذا أنه استعار سهما ليغزو دار الحرب لا يصح. وإن لرمى الهدف صح لأنه فى الأول لا يمكن الانتفاع بعين السهم إلا بالاستهلاك، وكل عارية كذلك تكون قرضا لا عارية (قوله لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك) أى من غير تعد للإذن فيه فلا يكون ضامنا (قوله صيرفية) عبارتها كما فى المنح عنها: استعار سهما، إن استعار ليغزو دار الحرب لا يصح، وإن استعار لرمى الهدف صح، لأنه فى الأول لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك السهم، وكل عارية لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك ذلك العين تكون قرضا لا عارية، لأنه لو غزا فى دار الحرب ورمى إلى عدو ووقع السهم بينهم فلا يقدر على تخليصه فيكون مستهلكا فلا يصح.

(ولو أعا أرضا للبناء والغرس صح) للعلم بالمنفعة (وله أن يرجع متى شاء) لما تقرر أنها غير لازمة (ويكلفه قلعهما إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين) لئلا تتلف أرضه (وإن وقت) العارية (فرجع قبله) كلفه قلعهما و (ضمن) المعير للمستعير (مانقص) البناء والغرس (بالقلع)

قلت : قرد: يصح لأنه يمكن الانتفاع به فى الحال فإنه يحتمل عوده إليه برمى الكفرة بعد ذلك. وأفتى قح بأنه يصح ثم قال اه . وتصح عارية السلاح ، وذكر فى السهم أنه لا يضمن كالقرض لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك اه وهذه النسخة التى نقلت منها هكذا والذى فى نسخة مصححة عليهاخطوط بعض العلماء وكان فى الأصل مكتوبا لا يضمن فحك منها لفظة لا ويدل عليه تنظيره بقوله كالقرض ؛ ولكن كان الظاهر على هذا أن يقال فى التعليل ، لأن الرمى يجرى مجرى الاستهلاك فتعبيره بالهلاك يقتضى عدم الضمان فتأمل وراجع ، وقوله إن استعار ليغزو دار الحرب لا يصح : أى عارية، بل يكون قرضا بدليل قوله بعد يكون قرضا لا عارية، وأراد بالقرض الفساد لأنه غير مثلى ، فالذى نقله الشارح هو ملخص ما أشار إليه صاحبها بقوله قلت الخ (قوله والغرس) بفتح الغين وكسرها كما فى البحر عن المغرب (قوله للعلم بالمنفعة) أى لأن منفعتها معلومة تملك بالإعارة درر ، بل الإعارة أولى لكونها تبرعا . قال سيدى الولد رحمه الله تعالى : وفى هـــذا التعليل تأمل اه .

أقول : الظاهر أن وجه التأمل فى التعليل كون العلم بالمنفعة فى العارية لايشترط ، بخلاف الإجارة حيث يشترط فيها أن تكون المنفعة معلومة لما تقدم عن الشارح أوائل الكتاب عن العمادية من جواز إعارة المشاع معللا بأن جهالة العين لا تفضى للمنازعة أو للجهالة لعدم لزومها اه ومثله ما نقلناه ثمة عن البحر بأن جهالة المنافع لا تضر فى العارية :

أما جهالة العين فمضرة إذا كانت تفضى إلى المنازعة اه وحيث لم يشترط العلم بالمنفعة لها لايصلح تعليلا لها وبه علم وجه التأمل (قوله لما تقرر أنها غير لازمة ويكلفه قلعهما) وأيهما طلب القلع أجيب زيلعى ، ولايضمن ما نقص من البناء والغرس لعدم الغرور عند عدم التوقيت لأنه شغل أرض المعير بهما فيؤمر بتفريغه إلا إذا شاء أن يأخذهمابقيمتهمافيما إذا كانت الأرض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهمامقلوعين ويكونان له كى لاتتلف عليه أرضه ويستبد : أى يستقل هو بذلك لأنه صاحب أصل ، بخلاف ما إذا كانت لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك إلا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما كما فى الزيلعى (قوله فرجع قبله) يكره الرجوع للخلف بالوعد لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » إتقانى ، وقيد بقوله قبله لأنه لو مضى الوقت فصاحب الوقت يقلع الأشجار والبناء ولا يضمن شيئا عندنا إلا أن يضر القلع بالأرض فيتملك البناء والغرس بالضمان ، ويعتبر فى الضمان قيمته مقلوعا هندية عن المحيط (قوله وضمن المعير للمستعير مانقص البناء والغرس) لأنه لما وقت وقتا معلوما فالظاهر الوفاء بما وعد ، فقد اعتمد على قوله ووثق به ، فقد غره بخلفه فيضمن ، بخلاف غير الموقت ، هذا ما مشى عليه فى الكنز والهداية :

وذكر فى البحر عن المحيط : ضمان القيمة قائما إلا أن يقلعه المستعير ولا ضرر ، فإن ضمن فضمان القيمة مقلوعا .

وعبارة المجمع : وألزمناه الضمان ، فقيل مانقصهما القلع ، وقيل قيمتهما ويملكهما ، وقيل إن ضر بخير المالك يعني المعبر بخير بين ضمان ما نقص وضمان القيمة ؛ ومثله فى درر البحار والمواهب والملتقى . وكلهم قدموا

بأن يقوم قائما إلى المدة المضروبة ، وتعتبر القيمة يوم الاسترداد بحر .

(وإذا استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها أولا) فتترك بأجر المثل

الأول ، وبعضهم جزم به ، وعبر عن غيره بقيل فلذا اختاره المصنف وهو رواية القدورى، والثانى رواية الحاكم الشهيد كما فى غرر الأفكار .

فإن قلت : المغرور إنما يرجع بما لحقه من الضرر على الغار إذا كان فى ضمن عقد المعاوضة ، وهنا العارية عقد تبرع سواء وقت أم لم يوقت ، فإنه بالتوقيت لا يلحق بالعقود اللازمة : حتى أن المعير بعد التوقيت كان له الرجوع عن توقيته فيأخذ المستعار قبل مضى الوقت ، فكيف جاز رجوع المغرور على الغار فى ضمن عقد التبرع ولا يرجع الموهوب له من ضمان الاستحقاق على الواهب لأنه ثبت فى ضمن عقد تبرع .

قلت : قال فى المبسوط : الوجه فيه أن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن فلا حاجة إلى التوقيت فى تصحيح العارية شرعا ، ثم لما وقت المعير مع ذلك لابد أن يكون لذكر الوقت فائدة وليس ذلك إلا التزام قيمة البناء والغرس فكأنه أراد إخراجه قبله فصار تقرير كلامه كأنه قال ابن فى هذه الأرض لنفسك على أن أتركها فى يدك إلى كذا، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق فى بنائك ويكون بناؤك لى ، فإن بدا له فى الإخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره من النهاية ملخصا ، وقوله وليس ذلك الخ بناء على ما ذكر الحاكم الشهيد . وأما على ماذكره المصنف تبعا للكنز والقدورى ، يقال وليس ذلك إلا التزام ما نقص البناء والغرس بالقلع على الوجه المشروح ، وقول الشارح ما نقص البناء والغرس أى نقصانه على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة ونقص حينئذ من نقص المتعدى فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين ، وعلى الأول مرفوعين كذا فى العناية .

قال قاضى زاده : لايظهر وجه صحة كون البناء والغرس منصوبين ههنا لأن الذى نقص البناء والغرس إنما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح ، لأن القلع ليس من جنس مايضمن بل هو سبب الضمان وإنما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع وتمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير إذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى مافيه، فالوجه رفع البناء والغرس لاغير حموى (قوله بأن يقوم الخ) بيانه إذا أعاره أرضا ليبنى فيها أو يغرس مدة سنتين مثلا ثم رجع فى العارية وأمره بقلع بنائه وغرسه فيسأل أرباب الخبرة بأن هذا البناء والغرس لو بقى المدة المذكورة كم تساوى قيمته الآن فإذا كان ألفا مثلا وقيمته الآن مقلوعا مائة فيضمن تسعمائة (قوله إلى المدة المضروبة) فيضمن مانقص عنها كما علمت (قوله وتعتبر القيمة) أى ابتداؤها (قوله يوم الاسترداد) أى يوم أراد رب الأرض استردادها لأن اعتبارها يوم الاسترداد أسهل كما فى البحر عن الولوالجى ، ومثله فى أبى السعود، خلافا لمن اعتبر قيمتها وقت مضى المدة (قوله قبل أن يحصد الزرع) من الإحصاد: أى يصير صالحا للحصاد. حصد الزرع : جزه حصدا وحصادا من باب طلب وضرب كذا فى المغرب ، قال أبو السعود من الثلاثى المجرد: قيل والأصح أن يقرأ بكسر الصاد من أحصد الزرع : إذا حان حصاده (قوله وقتها أولا) يوقت استحسانا (قوله فتترك بأجر المثل) فإذا حصد الزرع طالبه بأجر المثل وإن لم يعقد، وكان الفقيه أبو إسحق الحافظ يقول إنما يجب الأجر إذا أجرها منه صاحبها أو القاضى وبدون ذلك لايجب الأجر، فإن أبى المزارع ضمان أجر المثل وكره القلع وأراد تضمين رب الأرض قيمة الزرع اختلف كلام صاحب المنتقى، ففى موضع قال له ذلك إلا أن يرضى رب الأرض بترك الزرع حتى يستحصد وفى موضع

مراعاة للحقين . فلو قال المعير أعطيك البذر وكلفتك إن كان لم ينبت لم يجز لأن بيع الزرع قبل نباته باطل وبعد نباته فيه كلام أشار إلى الجواز فى المغنى نهاية.
(ومؤنة الرد على المستعير . فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها) لأن مؤنة الرد عليه نهاية

قال ليس له ذلك هندية مختصرا مزيدا ط ونص فى البرهان على أن الترك بأجر المثل استحسان . ثم قال عن المبسوط : ولم يبين فى الكتاب أن الأرض تترك فى يد المستعير إلى وقت إدراك الزرع بأجر أو بغير أجر . قالوا وينبغى أن تترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع بقل بعد اه شرنبلالية ومثله فى الزيلعى .

أقول : ونظيره ماسبق من إعارة أمة ترضع ولده وإعارة فرس للغزو الخ (قوله مراعاة للحقين) حق صاحب الأرض المعارة لثبوت الرجوع له فيها وحق صاحب الزرع لأنه مغرور بإذنه له فى الزرع (قوله أشار إلى الجواز فى المغنى) وهو المختار كما فى الغيائية .

وفى البحر بعد نقل هذه المسألة وعزوها إلى النهاية : ولو بنى حائطا فى الدار المستعارة استرد المعير الدار ، فإذا أراد المستعير أن يرجع إليه بما أنفق ليس له ذلك . وليس له أن يهدم الحائط إن كان البناء من تراب صاحب الأرض كذا فى الخلاصة .

وفى المحيط : لو استعار أرضا ليبنى ويسكن وإذا خرج فالبناء لصاحب الأرض ولصاحب الأرض أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن هذه إجارة معنى لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض . ولما شرط البناء له كانت إجارة فاسدة لجهالة المدة والأجرة لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اه (قوله على المستعير) لأنه قبض لمنفعة نفسه والرد واجب عليه زيلعى (قوله ضمنها) أى سواء استعملها بعد الوقت أولا . وهو مختار السرخسى ، واختار صاحب المحيط وشيخ الإسلام أنه إنما يضمن إذا استعملها بعد الوقت ، أما إذا استعملها فلا ضمان كما فى الشرنبلالية عن المجمع ، وفى الكافى أن العارية بعد مضى المدة تكون وديعة . وصححه فى المجتبى حيث قال : والصحيح أن رد العارية لايجب قبل الطلب وبعده يجب اه وهو حكم الوديعة . فى المسألة قولان مصححان .

قال فى البزازية : أعاره إلى الليل فهلك . قيل لايضمن . وإن هلك فى اليوم الثانى ذكر فى الكتاب أنه يضمن . قيل أراد به إن انتفع فى اليوم الثانى به فيكون غاصبا مخالفا بالإنتفاع بعد مضى الوقت . أما إذا لم ينتفع لايضمن كالمودع الموقت باليوم إذا أمسكها بعده لايضمن . وقال السرخسى : يضمن على كل حال ، واختاره القاضى ، وفرق بين العارية والوديعة أن الإمساك فى الوديعة للمالك لأنه بعد مضى الوقت بنى على القبض السابق وهو كان للمالك ، وفى العارية الإمساك بعد مضى الوقت لنفسه ، لأنه بنى على القبض السابق وذاك كان لنفسه وعدم الضمان فى الوقت كان للإذن فلم يوجد بعد مضيه . ولأن مؤنة رد العارية على المستعير بالتقصير منه وفى الوديعة على المالك اه . ومثله فى الخلاصة وجامع قارىء الهداية . قال فيه : وهذا هو الأصح . وبه أفتى فى الحامدية ، وأقره عليه سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى العقود الدرية . وقدمنا أوائل الكتاب عند قوله ولعدم لزومها يرجع المعير متى شاء ولو موقتة .

عن فتاوى القاضى ظهير الدين : إذا كانت العارية موقتة بوقت فأمسكها بعد الوقت فهو ضامن ويستوى فيه أن تكون العارية موقتة نصا أو دلالة حتى إن من استعار قدوما ليكسر الحطب فكسره وأمسك حتى هلك يضمن وتمامه ثمة فراجعه (قوله لأن مؤنة الرد عليه) أى أجرته عليه لأنه قبض العين لمنفعة نفسه والرد واجب عليه عينى ، فيضمن إذا أمسكها بعد مضى الوقت لتقصيره فيكون مانعا بعد مضى الوقت فيضمن ، بخلاف

(إلا إذا استعارها ليرهنها) فتكون كالإجارة رهن الخانية (وكذا الموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه وكذا المؤجر والغاصب والمرتهن) مؤنة الرد عليهم لحصول المنفعة لهم

المستأجر لأنه لايجب عليه الرد بل التخلية عند طلب المالك، فلو لم يوجد لم يوجد المنع فلا يضمن، ولا يخفى ما فى كلام الشارح من التكرار بعد كون ماسلف مفرعا عليه (قوله إلا إذا استعارها ليرهنها) أى فمؤنة الرد على المعير لأن فيها نفع المالك بصيرورتها مضمونة عند الهلاك فجعلنا حصول النفع بمنزلة حصول الأجرة للمؤجر، ولذا قال فتكون كالإجارة (قوله فتكون كالإجارة) فإنها تصير مضمونة فى يد المرتهن، وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الإجارة، ولأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها كما فى الخانية، فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين: الأول هذا، والثانى مامر فى الباب عند قوله بخلاف المستعير والمستأجر أن مستعير الرهن لو خالف ثم عاد للوفاق برئ عن الضمان بخلاف غيره. أفاده فى البحر عن النهاية (قوله مؤنة الرد عليه) لأنه هو المنتفع بالعين ولوجوبه عليه ط قال القاضى فخر الدين الماردينى: وهذا لارواية فيه ويجب أن تكون على الموصى له بالخدمة لأن قبضه لمنفعة نفسه فصار كالعارية اه (قوله وكذا المؤجر) لأن العين المؤجرة مقبوضة لمنفعة المالك لأن الأجر له به فإذا أمسكها المستأجر بعد مضى المدة لايضمنها مالم يطالبه صاحبها اه. ولايجب على المستأجر ردها وإنما يجب عليه التمكين والتخلية، فلايكون عليه مؤنة الرد ولايقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه لأنا نقول: إنما حصل له منفعة وهى عرض يفنى، وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى اه زيلعى (قوله والغاصب) أى عليه أجرة رد المغصوب لأن الرد إلى المالك واجب عليه والأجرة مؤنته فتجب عليه لأنه يجب عليه نسخ فعله وهو يردها إلى مالكها لأنه أزال يده عنها، ففى ردها براءة ذمته فكان عاملا لنفسه (قوله والمرتهن) لأن قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه زيلعى ومثله فى الوجيز وهو الظاهر.

وذكر فى التحرير أنها على الراهن. وعبارته: مؤنة رد الرد على الراهن، لأن عينه أمانة فى يد المرتهن ولهذا كان نفقته وكفنه على الراهن، والمضمون عليه إنما هو المالية والرد تصرف فى العين لافى المالية ومنفعة القبض وإن عادت على الراهن والمرتهن جميعا باعتبار قضاء الدين وحصول التوثقة، لكن ترجيح جانب الراهن بحكم الملك اه ومثله فى شرح الطحاوى للإسبيجابى، وعليه فيحتاج إلى التوفيق بين الموضعين فتأمل، ثم رأيت الأستروشنى فى فتاواه ذكر كلا من القولين من غير ترجيح لأحدهما، ولكن ذكر صاحب النهاية القول الأول فقط وشيد أركانه حيث قال لأن الغنم حصل له ولهذا اختص به من بين سائر الغرماء حتى يستوفى دينه منه أولا فكان الغرم عليه وتبعه فى الدرر، ولهذا تبعهم المصنف، ولم يذكروا الوديعة ومؤنة ردها على المودع بكسر الدال كما فى الكنز لأن منفعة حفظها عائدة إليه فكانت مؤنة ردها عليه عينى.

وفى مؤيد زاده: مؤنة رد البيع فاسدا بعد الفسخ على القابض، ومؤنة رد المبيع بخيار رؤية أو شرط على المشترى.

ولو تقايلا البيع فعلى البائع مؤنة رد مبيع له حمل ومؤنة والرد فى الأجير المشترك كقصار وصباغ ونساج على الأجير إذ الرد نقض القبض فيجب على من له منفعة القبض ومنفعة القبض هنا للأجير إذ له عين وهو الأجرة ولرد الثوب المنفعة والعين خير من المنفعة وكان الرد عليه، بخلاف ما إذا آجر قنا أو دابة فإن الرد على المالك

هذا لو الإخراج بإذن رب المال وإلا فؤنة رد مستأجر ومستعار على الذى أخرجه إجارة . البزازية : بخلاف شركة ومضاربة وهبة قضى بالرجوع مجتبى (وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة) لامياومة (أو مع عبد ربها مطلقا)

إذ له العين وللمستأجر المنفعة ورمز لشيء فى ضمان النساج من فصل الضمانات أن مؤنة الرد على الأجير المشترك أم لا فيه اختلاف . ولو شرطت على المالك فإنها عليه كذا فى الثالث والثلاثين من الفصولين (قوله هذا) اسم الإشارة راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر ، يعنى إنما تكون عليه إذا أخرجه المستأجر بإذنه أما إذا أخرجه بغير إذنه فعلى المستأجر فيكون كالمستعير لو آجره العين وأذن له فى نقلها إلى حيث شاء فيجب عليه : أى على المستعير ردها لاعلى المستأجر . أما لو أخرجها بدون إذنه فيجب ردها على المستأجر أيضا لتعديه بالنقل والإخراج بدون إذن المالك . وفى المنح عن المحيط : هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال ، ولو بلا إذن فؤنة الرد عليه مستأجرا أو مستعيرا اه وكان الأولى ذكره قبل الغاصب لأنه راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر (قوله لو الإخراج بإذن رب المال) أى إلى بلد آخر مثلا ، والظاهر أن المراد بالإذن الإذن صريحا وإلا فالإذن دلالة موجود تأمل سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله بخلاف شركة) أى رد رأس مال الشركة فيها ، وفى المضاربة والبضاعة واللقطة والآبق فإنها على صاحب المال منح .

وفى إجارة الظهيرية : فإن شرط أجر الرد على المستأجر فسدت ، وحكى عن المرغينانى أنها جائزة ويجعل اشتراط الرد على المستأجر بمنزلة الزيادة اه والأصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له أبو السعود (قوله قضى بالرجوع) أى فيها فإنها على الواهب منح ، والأولى للمؤلف أن يزيد لفظ فيها (قوله مجتبى) الذى فيه مؤنة الرد فيها على مالكها وزاد اللقطة والآبق ورد نصف مهر المطلقة قبل الدخول وهو عين ، وليس فيه تعرض لما كان النقل فيه بإذن مالكه أولا ، نعم ينبغى الإطلاق لأن مقتضى الشركة والمضاربة الإذن فى النقل عند الإطلاق وكذا الهبة لأنه قد ملكه إياها ، وللمالك أن ينقل ملكه حيث شاء ، وكذا المرأة تملك المهر بالقبض ، لكن ينافيه ماقدمناه قريبا عن سيد الوالدى رحمه الله تعالى من أن الظاهر أن المراد بالإذن صريحا وإلا فالإذن دلالة موجود اللهم إلا أن يخص بما ذكر ثمة وأن المذكور هنا على ماذكرنا فيحصل الفرق تأمل (قوله وإن رد المستعير الدابة مع عبده) وكذا لو ردها إلى اصطبل مالكها أو رد العبد إلى دار سيده لأنه أتى بالتسليم المتعارف وهذا لأن الإصطبل أو الدار فى يد المالك ، ولو ردهما على المالك كأن يردهما إلى الإصطبل أو الدار فكان الرد إليهما ردا على المالك اه زيلعى ، وهذا فى الاستحسان ، والقياس أنه يضمن لأنه لم يردها إلى صاحبهما وإنما ضيعهم تضييعا وهو قول الثلاثة عينى .

وجه الاستحسان ماذكرناه من أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العوارى إلى دار الملاك متعارف كآلة البيت بحر عن الهداية . وذكر التمرتاشى عن أبى سلمة أنه إذا كان الإصطبل خارج الدار لايبرأ لأن الظاهر أنها تكون هناك بلا حافظ كما فى المنبع ، وقيل هذا فى عادتهم كما فى البيانية (قوله أو أجيره مشاهرة) يعلم منه حكم الأجير مسانهة بالأولى لأنه يعد مع من فى عيال المستعير قهستانى (قوله لامياومة) عللوه بأنه لم يكن فى عياله ، وهو يفيد أنه لو كان فى عياله يبرأ لو هلك قبل الوصول من غير تعد ويحرر ط (قوله أو مع عبد ربها) أى مع من فى عيال المعير قهستانى .

قال فى التبيين : وجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والدفع إليه كالدفع

يقوم عليها أولا فى الأصح (أو أجيره) أى مشاهرة كما مر فهلكت قبل قبضها (برئ) لأنه أتى بالتسليم المتعارف (بخلاف نفيس) كجوهرة (وبخلاف الرد مع الأجنبى) أى (بأن كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى) لتعديه بالإمساك بعد المدة (وإلا فالمستعير يملك الإيداع)

إلى صاحبها عادة؛ ولو دفعها إلى المالك لدفعها هو إلى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه، فيكتفى منه بالتسليم إلى السائس أو من السائس إلى السائس أو من السائس إلى المالك اهـ (قوله يقوم عليها أولا) لأنه يدفع إليه فى بعض الأوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة، وقيل لا يبرأ إلا إذا ردها على من يقوم بها أى يتعهدها كالسائس وقوله يقوم عليها الخ بيان للإطلاق فى عبارة المصنف (قوله بخلاف نفيس) هذا مفهوم التقييد بالدابة قال فى التبيين وهذا فى الأشياء التى تكون فى يد الغلمان عادة، وأما إذا لم تكن فى أيديهم عادة كعقد لؤلؤ ونحوه فردها المستعير إلى غلام صاحبها أو وضعها فى داره أو إصطبله يضمن لأن العادة لم تجر به فى مثله اهـ ط.

ويفهم منه أنه إذا كانت العادة تجرى فى تسليم مثل هذه الأشياء أنه يكفى تسليمه إلى غلامه كالمسمى بالخزندار عند أصحاب الدول هل يكفى تسليمها إليه، الذى يظهر نعم لأن العرف جرى بذلك عادة، ومثله ما إذا كان له أحد ممن فى عياله يقوم بسائر مصالحه من قبض وصرف وغيرهما وليراجع (قوله ثم بعثها مع الأجنبى) معطوف على قوله بخلاف (قوله لتعديه بالإمساك بعد المدة) حتى إذا هلكت فى يده ضمن فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى زيلعى.

يؤخذ منه أن سبب الضمان ليس ردها مع الأجنبى لأن الدفع إلى الأجنبى إيداع والمستعير يملكه كما يملك الإعارة إذ الإعارة أقوى منه لأن الإعارة إيداع وتمليك المنفعة، بل سببه انقضاء وقت العارية، فإنه لو أمسكها بنفسه فهلكت فى يده بعد مضى مدتها يضمنها كما قدمناه فكذا فى يد الأجنبى، ولذا قال لتعديه بالإمساك كما يؤخذ من عبارة الزيلعى (قوله وإلا فالمستعير يملك الإيداع) إشارة إلى فائدة اشتراط التوقيت. قال الزيلعى: وهذا أى قوله بخلاف الأجنبى يشهد لمن قال من المشايخ إن المستعير ليس له أن يودع؛

وعلى المختار تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى، لأنه بامساكها بعد يضمن لتعديه فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى اهـ وفى البرهان. وكذا يعنى يبرأ لو ردها مع أجنبى على المختار بناء على ما قال مشايخ العراق من أن المستعير يملك الإيداع وعليه الفتوى، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعا وتمليك المنافع فلأن يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى، وأولوا قوله وإن ردها مع أجنبى ضمن إذا هلكت بأنها موضوعة فيما إذا كانت العارية مؤقته وقد انتهت باستيفاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق اهـ شرنبلالية، فالقول بعدم إيداع المستعير ذهب إليه الكرخى. قال البقالى: وهذا أصح، وما مشى عليه المصنف من أنه يملكه هو قول مشايخ العراق، وبه أخذ أبو الليث والفضلى:

قال فى التمرتاشية: وإليه أشار محمد فى الأصل: وقال فى الكافى: وعليه الفتوى، فبناء هذه المسئلة على مذهب الكرخى ظاهر، أما قول المفتى به فمحمول على انتهاء الإعارة لانقضاء المدة بأن كانت مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى كما فى البحر.

قلت: لا فرق فى إيجاب الضمان بين رد نفسه ورد غيره لو هلكت بعد مضى المدة، فحينئذ قيد الأجنبى لا يفيد تدبر، أو بأن استعارها فاستخدمها وبعد انقضاء العمل ردها مع الأجنبى فهلكت يضمن، لما سبق

فيما يملك الإعارة (من الأجنبي) به يفتى زيلعي ، فتعين حمل كلامهم على هذا ، وبخلاف رد وديعة ومغصوب إلى دار المالك فإنه ليس بتسليم .

(وإذا استعار أرضا) بيضاء (للزراعة يكتب المستعير)

من أنه لو عمل بعمل يتعين ذلك ، وليس له أن يعمل بعمل آخر والإيداع عمل آخر فيضمن فيظهر منه أنه لو ردها معه قبل الاستخدام ينبغي أن لا يضمن ، فظهر أن هذا الحمل أولى. على أنه لما انتهى العمل والإعارة صارت وديعة عند المستعير فيصير مودعا وهو لا يملك الإيداع بالاتفاق ولذلك يضمن كما في الكافي وغيره :

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى بعد كلام لكن تقدم متنا أنه يضمن في المؤقتة ، وفي جامع الفصولين : لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن ، وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار سواء توقتت نصا أو دلالة ، حتى أن من استعار قدوما ليكسر حطبا فكسره فأمسك ضمن ولو لم يوقت اه .فعلى هذا فضمانه ليس بالإرسال مع الأجنبي إلا أن يحمل على ما إذا لم يمكنه الرد تأمل ومع هذا يبعد هذا التأويل التقييد أولا بالعبد والأجير فإنه على هذا لا فرق بينهما وبين الأجنبي حيث لا يضمن بالرد قبل المدة مع أي من كان ويضمن بعدها كذلك ، فهذا أدل دليل على قول من قال ليس له أن يودع وصححه في النهاية كما نقله عنه في التاترخانية (قوله فيما يملك الإعارة) وهو مالا يختلف ، وظاهره أنه لا يملك الإيداع فيما يختلف وليس كذلك وعبارة الزيلعي ، وهذا لأن الوديعة أدنى حالا من العارية فإذا كان يملك الإعارة فيما لا يختلف فالأولى أن يملك الإيداع على ما بينا ، ولا يختص بشيء دون شيء لأن الكل لا يختلف في حق الإيداع وإنما يختلف في حق الانتفاع اه اللهم إلا أن يقال ما عبارة عن الوقت أي في وقت يملك الإعارة ، وهو قبل مضى المدة إذا كانت موقتة وهو بعيد كما لا يخفى تأمل ، أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى (قوله به يفتى) لم يصرح الزيلعي بالفتوى ، وإنما قال المختار كما علمته من عبارته السابقة ، وصرح بها صاحب البحر فقال : وقد تقدم أن المختار المفتى به جوازه اه (قوله فتعين حمل كلامهم) أي في الضمان بالدفع إلى الأجنبي (قوله على هذا) أي على ما إذا دفعها له بعد مضى الوقت ، لكن لا يخفى أن الضمان حينئذ بسبب مضى المدة لا من كونه بعثها مع الأجنبي إذ لا فرق حينئذ بينه وبين غيره (قوله وبخلاف) معطوف على قول المتن بخلاف ، وكان الأولى ذكره هناك تأمل (قوله رد وديعة ومغصوب الخ) لأن الوديعة للحفظ ولم يرض بحفظ غيره ، إذ لو رضى به لما أودعها عنده ، وبخلاف الغصب لأنه صار متعديا بإثبات يده في العين وبإزالة يد صاحبها فلا بد من إزالة يده وإثبات يد صاحبها وذلك بالتسليم حقيقة ، أما في الدفع إلى الغلام فيضمن بدفع الوديعة إلى غلام المالك لا إلى غلام نفسه زيلعي مختصرا ط (قوله إلى دار المالك) وكذا لعياله هداية والمستأجر كالوديعة (قوله فإنه) كذا في الهداية (قوله ليس بتسليم) لكن مسئلة الغصب خلافية . ففي الخلاصة قال مشايخنا : يجب أن يبرأ ؛

قال في الجامع الصغير : للإمام قاضيخان : السارق والغاصب لا يبرآن بالرد إلى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده مالم يردها إلى مالكها اه (قوله للزراعة) قيد به لأنه لو استعارها لمطلق الانتفاع يكتب أعرتني على الظاهر لأنه أدل على العموم ط (قوله يكتب المستعير) الظاهر أن هذا على سبيل الأولى وهذا عند أبي حنيفة لأن لفظة الإطعام أدل على المراد من الإعارة لأنها تختص بالزراعة وإعارة الأرض تارة تكون للزراعة وتارة تكون للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الإطعام أولى ليعلم أن غرضه الزراعة . وعندهما يكتب أنك أعرتني لأن الإعارة هي الموضوعة لهذا العقد : والكتابة بالموضوع أولى ،

إنك أطعمتني أرضك لأزرعها فيخصص لئلا يعم البناء ونحوه (العبد المأذون يملك الإعارة . والمحجور إذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق ولو أعار)عبد محجور عبداً محجورا (مثله فاستهلكها ضمن) الثانى (للحال ؛

وفائدة الكتابة أمن جحود المستعير عند تطاول المدة أو موت المعير وأمن المستعير من لزوم الأجر بدعوى المعير أنه إنما آجره اه أبو السعود (قوله إنك أطعمتنى) بفتح الهمزة لأنها وقعت مفعولا ليكتب فهى مصدرية ويجوز كسرها على معنى أنه يكتب هذا اللفظ أعنى قوله إنك أطعمتنى أرضك أبو السعود (قوله لأزرعها) اللام للتعليل (قوله فيخصص) قال فى التبيين : لأن الإطعام إذا أضيف إلى مالا يؤكل يعرف منه المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة ، بخلاف لفظ الإعارة فإنها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيام ، وعلى هذا ينبغى أن يكتب فى كل فصل ما هو أدل على المقصود فيقول فى استعارة الأرض إنك أطعمتنى كذا لأزرعها ما أشاء من غلة الشتاء والصيف اه بتصرف ظ (قوله العبد المأذون يملك الإعارة) لأنها من صنيع التجار وكذا الصبى المأذون هندية .

وفى البزازية استعار من صبى مثله كالقدوم ونحوه إن مأذونا وهو ماله لا ضمان ، وإن لغير الدافع المأذون يضمن الأول لا الثانى لأنه إذا كان مأذونا صح منه الدفع وكان التلف حاصلا بتسليطه ، وإن الدافع محجورا يضمن هو بالدفع والثانى بالأخذ لأنه غاصب الغاصب انتهى ، ويأتى تمامه قريبا (قوله والمحجور الخ) أشار إلى أن المأذون لو استعار يضمن للحال إذ الإذن شمل الإعارة والاستعارة فيظهر تصرفه فى حق سيده ؛ وأما المحجور فلا يملك شيئا من ذلك ، لكنه إن استعار فقد سلطه المعير على العارية ، فلو استهلكها لا نظر فى حق سيده لعدم إذنه فى ذلك ويظهر فى حق نفسه فيضمن بعد العتق ، هذا إذا كان المعير مطلق التصرف ، فلو كان عبدا محجورا ومثله الصبى المحجور والمجنون لم يصح تسليطه لحجره ، فباستهلاك المستعير صار متلفا مال الغير بغير إذن معتبر ولا تسليط صحيح ، والحجر إنما يكون عن الأقوال لا عن الأفعال كما يأتى فيضمنه فى الحال (قوله بعد العتق) لأن المعير سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط فى حق المولى درر (قوله ولو أعار عبد محجور عبدا محجورا مثله) فعبد الأول فاعل أعار ومحجور صفته وعبد الثانى مفعول أعار ومحجورا صفته .

قال فى الهندية : صبى استعار من صبى شيئا كالقدوم ونحوه وذلك الشىء لغير الدافع فهلك بيده ، إن كان الصبى الأول مأذونا لايجب على الثانى وإنما يجب على الأول لأنه إذا كان مأذونا صح الدفع وكان الهلاك بتسليطه ، ولو كان ذلك الشىء للأول لايضمن ، وإن كان الأول محجورا عليه يضمن هذا بالدفع ويضمن الثانى بالأخذ اه . والظاهر أن الحكم كذلك فى العبدين فتأمل إلا أن يحمل ما هنا على أن المدفوع مال سيد الأول ط (قوله ضمن الثانى) بالاستهلاك لأنه أخذه بغير إذن فكان غاصبا ، ولا عبرة للإعارة لأنها مال الغير فكأنه استهلكه من يد صاحبه ، وإنما يضمن الثانى للحال لعدم التسليط من مالكها فيكون دينا متعلقا برقبته للحال فيباع فيه ، بخلاف الأول لوجود التسليط من المالك كذا فى الأشباه من كتاب الحجر ذكره بعض الفضلاء .

أقول : الذى ذكره فى الأشباه : إذا أودع صبى محجور ومثله وهى ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ . قال فى جامع الفصولين : وهى من مشكلات إيداع الصبى .

قلت : لا إشكال لأنه يضمنها الصبى لعدم التسليط من مالكها وهنا لم يوجد كما لايخفى انتهى فتأمل .

ولو استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق) الذهب (منه) أى من الصبى (فإذا كان الصبى يضبط) حفظ (ماعليه) من اللباس (لم يضمن) وإلا ضمن لأنه إعارة والمستعير يملكها (وضعها) أى العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو نام جالسا) لأنه لايعد مضيعا لها (وضمن لو نام مضطجعا) لتركه الحفظ

(ليس للأب إعارة مال طفله)

(قوله ولو استعار ذهبا) أى حيث قامت القرينة على أنه يريد الانتفاع به مع بقاء عينه،أما عند الإطلاق فيكون قرضا على ما تقدم فيضمنه بكل حال (قوله حفظ) الأولى الإتيان به مضارعا بيانا ليضبط ط (قوله لم يضمن) أى المستعير لأنه لم يضيع ، إذ للمستعير أن يعير (قوله وإلا ضمن) لأنه ضيعه حيث وضعه عند من لا يعقل حفظه كذا فى المحيط درر (قوله لأنه إعارة) تعليل لعدم الضمان ، وأما ضمانه فيما إذا كان الصبى لا يضبط فلأنه إضاعة فيكون به متعديا ، وهذا إذا فارق الصبى ، أما عند عدم المفارقة ينبغى أن لا يضمن لعدم التضييع إلا إذا كان باتلاف الصبى (قوله والمستعير يملكها) أى الإعارة فلا يكون مضيعا (قوله وضعها) أى المستعير (قوله بين يديه) أى يدى المستعير (قوله وضمن لو نام مضطجعا) هذا فى الحضر ، وأما فى السفر لايضمن نام قاعدا أو مضطجعا والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه لأنه يعد حافظا ، وفى غير السفر لو جعله تحت رأسه لا يضمن لأنه حافظ ، ألا يرى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع وإن كان فى الصحراء كما فى البزازية .

قال فى جامع الفصولين : المستعير إذا وضع العارية بين يديه ونام مضطجعا ضمن فى حضر لا فى سفر ولو نام فقطع رجل مقود الدابة فى يده لم يضمن فى حضر وسفر ، ولو أخذ المقود من يده ضمن لو نام مضطجعا فى الحضر وإلا فلا اهـ .

وفى البزازية : نام المستعير فى المفازة ومقودها فى يده فقطع السارق المقود لايضمن وإن جذب المقود من يده ولم يشعر به يضمن . قال الصدر الشهيد : هذا إذا نام مضطجعا ، وإن جالسا لا يضمن فى الوجهين ، وهذا لا يناقض ما مر أن نوم المضطجع فى السفر ليس بترك للحفظ لأن ذاك فى نفس النوم وهذا فى أمر زائد على النوم اهـ .

وفيها : استعار مرا للسقى واضطجع ونام وجعل المر تحت رأسه لا يضمن لأنه حافظ ، ألا ترى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع وإن كان فى الصحراء وهذا فى غير السفر ، وإن فى السفر لا يضمن نام قاعدا أو مضطجعا والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه يعد حافظا اهـ ومثله فى الوجيز ، لكن زاد فى الخانية بعد قوله : ولو أن السارق حل المقود من يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامنا ، لأنه إذا نام على وجه يمكن حل المقود من يده وهو لا يعلم يكون تضييعا الخ .

أقول : ولعل مراده بوجه التضييع النوم مضطجعا كما أشار إليه بعد، وقدمناه موضحا فلا تنسه (قوله ليس للأب إعارة مال طفله) هذا ما عليه العامة وأجازه بعضهم ،وليس له أن يعير نفس الولد كما ذكره شمس الأئمة فى شرح كتاب الوكالة . وأما الصبى المأذون إذا أعار ماله صحت الإعارة كما فى الخانية .

وفى الهندية : وذكر شمس الأئمة فى أول شرح الوكالة أن الأب يعير ولده ، وهل له أن يعير مال ولده ؛ بعض المتأخرين من مشايخنا قالوا له ذلك ، وعامة المشايخ على أن ليس له ذلك كذا فى المحيط ، فإن فعل وهلك كان ضامنا اهـ لكن فى أحكام الصغار للأستروشني من مسائل العارية أن جواز إعارة ولده إذا كان فى تعلم

لعدم البدل وكذا القاضى والوصى :
(طلب) شخص (من رجل ثوراً عارية فقال أعطيك غدا فلما كان الغد ذهب الطالب وأخذه بغير إذنه واستعمله فمات) الثور (لا ضمان عليه) خانية عن إبراهيم بن يوسف ، لـكن فى المجتبى وغيره أنه يضمن .
(جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال كنت أعرتها الأمتعة إن العرف مستمرا) بين الناس (أن الأب يدفع ذلك) الجهاز (ملكا لا إعارة لا يقبل قوله) إنه إعارة لأن الظاهر يكذبه (وإن لم يكن) العرف (كذلك) أوتارة وتارة (فالقول له) به يفتى ، كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها فإن القول له اتفاقا (والأم) وولى الصغيرة

الحرفة بأن دفعه إلى أستاذه ليعلمه الحرفة ويخدم أستاذه ؛ أما إذا كان بخلاف ذلك لا يجوز اه (قوله لعدم البدل) أى لأنه تصرف بلا بدل (قوله وكذا القاضى) مخالف لما فى الهندية حيث قال : وفى شرح بيوع الطحاوى للقاضى أن يعير مال اليتيم كذا فى الملتقط ، ولعل الفرق أن القاضى عنده قدرة الاستيفاء بخلاف الأب إلا أنه لا مصلحة للولد فيه بل يكون ضررا محضا بالهلاك فإنها لا تضمن به اه ط .

أقول : وهذا نظير إقراض مال اليتيم فإن للقاضى ذلك دون أبيه ، وعلاوه بما علل به الطحاوى فتأمل (قوله لـكن فى المجتبى وغيره أنه يضمن) وبه جزم فى البزازية حيث قال لأنه أخذ بلا إذنه اه .

أقول : ووجهه ظاهر لأنه وعده بالإعارة ولم يعره ولم يأذن له بالأخذ .

قال فى البزازية : ولو استعار من آخر ثوره غدا فقال نعم فجاء المستعير غدا وأخذه فهلك لا يضمن لأنه استعار منه غدا وقال نعم فانعقدت الإعارة ، وفى المسألة الأولى وعد الإعارة لا غير اه .

أقول : وبهاتين الصورتين اللتين صوّرهما البزازى ظهر أنهما مسألتان مختلفتان لا مسألة واحدة فيها قولان : أولاهما الضمان . وثانيهما عدمه ، لأن وجه الضمان فى الأولى كما علمته أنه وعد ولا يجب الوفاء به فبأخذه يكون متعديا فيضمن ، ووجه عدم الضمان فى الثانية أنه عقد الإعارة وبين وقت الإعطاء فبأخذه يكون مأذونا فلا يضمن ، ولعل ما قاله الطحطاوى على عبارة الشارح من أنهما قولان . وعزا فى الهندية الأوّل إلى مجموع النوازل ، والثانى إلى فتاوى أبى الليث على الصورة الثانية ، فليس هما قولين بل هما مسألتان كما علمت فتأمل (قوله جهز ابنته) أى الكبيرة ، أما لو اشترى لها فى صغرها فلا سبيل للورثة عليه ويكون للبنت خاصة أفاده المصنف (قوله لا يقبل قوله) يعنى سواء كان ذلك فى حياتها أو بعد موتها (قوله أوتارة وتارة) عطفه بأو ليفيد أنه غير ما قبله ، وليس كذلك بل هو صادق بصورتين ، إذ الثانية تصدق بنفى الموضوع ، فمعناه لم يعرف أصلا أو عرف تارة وتارة أو أنّ أو بمعنى بل (قوله به يفتى) وقيل لا يصدق فى أنه عارية إلا أن يشهد بها عند التجهيز ، وقيل يصدق مطلقا لأنه هو الدافع ، فما لم يقر بالتمليك يكون القول قوله ، وقيل إن كان الأب من كرام الناس وأشرافهم لا يقبل قوله فى الإعارة ، وإن كان من أوساط الناس كان القول قوله ، والمختار للفتوى أنه إن كان العرف مستمرا أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكا لا إعارة لا يقبل قوله ، وإن كان العرف مشتركا فالقول قول الأب مع يمينه ، وقد أفاده الشارح بقوله مما يجهز به مثلها وأفتى قارىء الهداية بقوله القول قول الأب والأم أنهما لم يملكاها وإنما هو عارية عندكم مع اليمين إلا أن تقوم دلالة أن الأب والأم يملكان مثل هذا الجهاز للابنة اه وتقدم الـكلام على ذلك مستوفى فى باب المهر فراجعه إن شئت (قوله فإن القول له) ظاهره أنّ القول له حينئذ فى الجميع لا فى الزائد على جهاز المثل ، وليحرر سيدى الوالد رحمه الله تعالى ، لـكن خالفه الرحمتى بقوله فإن القول له أى فيما زاد على ما يجهز به مثلها اه فتأمل وراجع (قوله وولى الصغيرة) أى

(كالأب) فيما ذكر وفيما يدعيه الأجنبي بعد الموت لايقبل إلا ببينة شرح وهبانية وتقدم فى باب المهر.
وفى الأشباه (كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله) بيمينه (كالمودع إذا ادعى الرد والوكيل والناظر) إذا ادعى الصرف إلى الموقوف عليهم

إذا جهزها بجهاز (قوله فيما ذكر) أى فى اعتبار العرف وهذا الحكم فى الأم والولى بحث لابن وهبان. قال العلامة عبد البر: وفى الولى عندى نظر أى فإن الغالب من حاله العارية، بخلاف الأبوين لمزيد شفقتهما، ولكن حيث كان العرف مستمرا أن الولى يجهز من عنده فلا نظر، وذكر المصنف فى باب المهر أن الأم كالأب وأن حكم الموت كحكم الحياة ط (قوله وفيما يدعيه الأجنبى) أى من أنه أعار المتوفى هذا الشىء لايصدق إلا ببينة، وله أن يحلف الوارث إن أنكر على العلم كما هو الحكم فى نظائرها ط. والأظهر من هذا أن يقال والحكم فيما يدعيه الأجنبى كذلك: أى لو جهزها الأجنبى ثم ادعى أنه عارية بعد موتها لايقبل قوله إلا ببينة، لأن الظاهر أنه لا يجهزها ويتركه فى يدها إلى الموت إلا بمالها، بخلاف الأب والأم فإنهما يجهزانها بمال أنفسهما، لكن يكون ذلك تمليكا تارة وتارة عارية، ولذا قال شارح الوهبانية: وفى الولى عندى نظر الخ أى فى جعله كالأب والأم لأن الظاهر فى غيرهما أنه لايجهزها إلا بمالها (قوله كالمودع إذا ادعى الرد) وكذا الوصى إذا ادعى دفعها: أى دفع الأمانة المعينة إلى ربها، ولو أنكر لايمين حموى. أما المرتهن فلا يقبل قوله فى الرد كما فى جامع الفصولين (قوله والوكيل) كالوكيل بالبيع مثلا إذا ادعى هلاك الأمانة أو تسليمها إلى ربها كان القول قوله مع اليمين اه بيرى. والأولى أن يقول: إذا ادعى هلاك المبيع أو الثمن أورد المبيع إلى الموكل ط (قوله والناظر) قال بعض الفضلاء: ينبغى أن يقيد ذلك بأن لايكون الناظر معروفا بالخيانة كأكثر نظار زماننا، بل يجب أن لايفتوا بهذه المسألة قاتلهم الله ما ألعنهم اه. قال بعض الفضلاء: والتقييد بالموقوف عليهم ربما يفيد أنه إذا ادعى دفع ما هو كالأجرة مثل معلوم الفراش والمؤذن والبواب وغيرهم من أرباب الجهات لا يقبل قوله إلا ببينة، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود العمادى مفتى السلطنة العلية.

وصورة السؤال: هل إذا ادعى المتولى دفع غلة الوقف إلى من يستحقها شرعا هل يقبل قوله فى ذلك أم لا؟ الجواب: إن ادعى الدفع إلى من عينه الواقف فى الوقف كأولاده وأولاد أولاده يقبل قوله بيمينه، وهو المراد بقولهم الموقوف عليهم لعدم ملاحظة جانب الإجارة فيهم، وإن ادعى الدفع إلى الامام بالجامع والبواب ونحوهما لا يقبل قوله؛ كما لو استأجر شخصا للبناء بالجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة له فإنه لايقبل قوله اه. قال الشيخ محمد الغزى التمرتاشى: وهو تفصيل حسن خصوصا فى زماننا اه.

وقال المولى عطاء الله أفندى فى مجموعته: سئل شيخ الإسلام زكريا أفندى عن هذه المسألة يعنى مسألة قبول قوله فأجاب بأنه إن كانت الوظيفة فى مقابلة الخدمة فهى أجرة لا بد للمتولى من إثبات الأداء بالبينة وإلا فهى صلة وعطية يقبل فى أدائها قول المتولى مع يمينه. وأفتى من بعده من المشايخ الإسلامية إلى هذا الزمان على هذا متمسكين بتجويز المتأخرين الأجرة فى مقابلة الطاعات، لكن قال التمرتاشى فى كتابه شرح تحفة الأقران بعد ذكر هذه الفتوى: وهو فقه حسن غير أن علماءنا على الافتاء بخلافه اه.

قلت: فالمذكور فى الإسعاف والخصاف ووقف الكرابيسى والأشباه من الأمانات والزاهدى عن وقف الناصحى وغيره أنه يقبل قوله فى الدفع إلى الموقوف عليهم بدون تفصيل فى ذلك إلا أن يحمل على الذرية لا على المرتزقة فيحصل التوفيق بين الكلامين بلامين، وقد اعتمد تفصيل المولى أبى السعود ابن التمرتاشى المذكور

فى كتاب الزواهر على الأشباه والنظائر لكن بدون عزو إلى كتاب كما ذكره الشارح هنا عن أخى زاده على صدر الشريعة بالزيادة التى ذكرها وهى أنه لا يضمن ما أنكروه بل يدفعه ثانيا من مال الوقف فليحفظ .

قال العلامة الخير الرملى فى حاشيته على البحر : والجواب عما تمسك به العمادى أنها ليس لها حكم الإجارة من كل وجه ، وقد تقدم أن فيها شوب الأجرة والصلة والصدقة ، ومقتضى ما قاله أنه يقبل قوله فى حق براءة نفسه لا فى حق صاحب الوظيفة لأنه أمين فيما فى يده ، فيلزم الضمان فى الوقف لأنه عامل له وفيه ضرر بالوقف ، فالإفتاء بما قاله العلماء متعين ، وقول الغزى هو تفصيل فى غاية الحسن فليعمل به فى غير محله ، إذ يلزم منه تضمين الناظر إذا دفع لهم بلا بينة لتعديه فافهم اه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : تفصيل المولى أبى السعود فى غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة إذا استعمل الناظر رجلا فى عمارة يحتاج إلى البينة فى الدفع له فهى مثلها ، وقول العلماء محمول على الموقوف عليهم من الأولاد لا أرباب الوظائف المشروط عليهم العمل ، ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لا يستحقون الوظيفة ، فهى كالأجرة لا محالة ، وهو كأنه أجير فإذا اكتفينا بيمين الناظر يضيع عليه الأجر لا سيما نظار هذا الزمان ، والله المستعان اه . وهل يقبل قوله بعد عزله ، فقد أفتى بعض المحققين بأنه يقبل قوله فى الدفع للمستحقين مع يمينه مادام ناظرا اه ؛ لكن فى حاشية الأشباه من كتاب الأمانات قال بعض الفضلاء إنه يقبل قوله فى النفقة على الوقف بعد العزل ويخرج منه قبول قوله فى الدفع للمستحقين بعد التأمل ، فإنه قال لم يتعرض المصنف لحكم المتولى بعد العزل هل يقبل قوله فى النفقة على الوقف من المال الذى تحت يده أم لا لم أره صريحا ، لكن ظاهر كلامه أن قوله مقبول فى ذلك إذا وافق الظاهر لتصريحهم بأن القول قول الوكيل بعد العزل فى دعواه إنه باع ما وكل فى بيعه وكانت العين هالكة ، وفيما إذا ادعى أنه دفع ما وكل بدفعه فى براءة نفسه وأن الوصى لو ادعى بعد موت اليتيم أنه أنفق عليه كذا يقبل قوله ، وعللوه بأنه أسنده إلى حالة منافية للضمان ، وقد صرحوا بأن المتولى كالوكيل فى مواضع .

ووقع خلاف فى أن المتولى وكيل الواقف أو وكيل الفقراء فقال أبو يوسف بالأول ، وقال محمد بالثانى .

ومما هو صريح فى قبول قول الوكيل ولو بعد العزل فرع : فى القنية قال : وكله وكالة عامة بأن يقوم بأموره وينفق على أهله من مال الموكل ولم يعين شيئا للإنفاق بل أطلق ثم مات الموكل فطالبه الورثة ببيان ما أنفق ومصرفه ، فإن كان عدلا يصدق فيما قال ، وإن اتهموه حلفوه وليس عليه بيان جهات الإنفاق ، ومن أراد الخروج من الضمان فالقول قوله ، وإن أراد الرجوع فلا بد من البينة انتهى ، هذا صريح فى قبول قوله فى دعوى الإنفاق ولو بعد العزل ، وتحقيقه أن العزل لا يخرجه عن كونه أمينا فينبغى أن يقبل قول الوكيل بقبض الدين أنه دفعه لموكله فى حياته فى حق براءة نفسه كما أفتى به بعض المتأخرين كما تقدم اه ما فى الحموى .

ويستنبط من ذلك أن الناظر يصدق بيمينه فى الدفع للمستحقين بعد عزله كالوكيل فى قبض الدين إذا مات الموكل وصدقته الورثة فى القبض وكذبوه فى الدفع فالقول قوله بيمينه لأنه بالقبض صار المال فى يده وديعة ، فتصديقهم له بعد اعترافهم بأنه مودع كاف ، فإن حلف برىء ، وإن نكل لزمه المال كما يأتى قريبا الكلام عليه . وقد أفتى المرحوم الوالد بأنه يصدق بيمينه مادام ناظرا ولم يذكر نقلا ، والمسألة تحتاج إلى نقل صريح

يعنى من الأولاد والفقراء وأمثالها . وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة.فلا يقبل قوله فى حق أرباب الوظائف ، لكن لايضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسطه فى حاشية أخى زاده .
قلت : وقد مر فى الوقف عن المولى أبى السعود ، واستحسنه المصنف وأقره ابنه فليحفظ (وسواء كان فى حياة مستحقها أو بعدموته) إلا فى الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل قوله إلا ببينة

من كتاب صحيح حتى يطمئن القلب فى الجواب القبول أو عدمه بما يرى فى الكتاب ، والله الموفق للصواب (قوله يعنى من الأولاد والفقراء) بيان للموقوف عليهم (قوله وأمثالها) كالعلماء والأشراف ، وقيل المراد بالأمثال أولاد الأولاد النسل والعقب والأقارب والعنقاء . وقال بعض الفضلاء : ينبغى أن يقيد بأن لا يكون الناظر معروفا بالخيانة كأكثر نظار زماننا بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسألة كما قدمناه قريبا ، ونقله ط عن الحموى (قوله المرتزقة) مثل الإمام والمؤذن والبواب والفراش لأن له شبها بالأجرة ، بخلاف الأولاد ونحوهم لأنه صلة محضة .
قال ط : والفرق أن استحقاق نحو الأولاد لم يكن بمقابلة عمل فكان صلة محضة ، بخلاف استحقاق الإمام ونحوه فإن له شبها بالأجرة وشبه المفتى أبو السعود ذلك بما إذا استأجر شخصا للبناء فى الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه فإنه لا يقبل قوله كما قدمناه آنفا (قوله لكن لا يضمن ما أنكروه له الخ) أى عدم قبول قوله إنما هو فى حقهم فلا يلزمهم وصول ما ادعى إيصاله إليهم بدون بينة ، لأن ما يأخذونه صلة من وجه وفيه شبه الأجرة ؛ فاعتباره لايسقط حقهم بمجرد قوله لكنه أمين فى حق ما فى يده من المال فلا يلزمه الضمان ، وحينئذ يدفعه لهم ثانيا من مال الوقف لأنه حيث لم يسقط حقهم وهو متعلق بالوقف ولم يضمن هو ما تلف فى يده لكونه أمينا لم يبق إلا الرجوع على الوقف ثانيا (قوله وأقره ابنه) بل قال فى حاشية الأشباه : وهو تفصيل حسن خصوصا فى زماننا انتهى (قوله مستحقها) أى الأمانات أو بعد موته .
أقول : أو إلى وكيله . قال الشارح فى شرحه على الملتقى فى أواخر الوقف وكذا يقبل قوله أى الناظر لو ادعى الدفع للموقوف عليهم ولو بعد موتهم إلا فى نفقة زائدة خالفت الظاهر اه .
قال فى شرح تحفة الأقران : الوكيل بقبض الوديعة إذا قال له المودع دفعتها إليك والوكيل ينكر صدق فى حق دفع الضمان عن نفسه لا فى إلزام الضمان على الوكيل (قوله إلا فى الوكيل بقبض الدين) أى من المدين ، والصواب إسقاط فى قيل على ما تحرر أنه يقبل قول الوكيل المذكور فى حق نفى الضمان عن نفسه لا فى حق إيجاب الضمان على الغير لا يحتاج إلى استثناء هذه المسألة من الكلية ، إلا أن يقال استثناؤها بالاعتبار الثانى ، وقد وهم فى هذه المسألة كثيرون ، وقد حررها الفاضل الحموى هنا وفى كتاب الوكالة بما لا مزيد عليه .
قال بعض الفضلاء : وأفاد الحصر قبول القول من وكيل البيع ، يؤيده ما فى وكالة الأشباه : إذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبته الورثة فى البيع فإنه لا يصدق إذا كان المبيع قائما بعينه ، بخلاف ما إذا كان هالكا اه (قوله إذا ادعى بعد موت الموكل) أما إذا ادعى القبض والدفع للموكل حال حياته فأنكر الموكل يقبل قوله ولو كان فيه إيجاب الضمان على الغير ، ويقبل قوله أيضا فى نفى الضمان عن نفسه فلا يرجع الغريم عليه لأن قبضه منه بالنسبة إليه ثابت سواء صدقه فى الدفع أو كذبه اه أبو السعود (قوله لم يقبل قوله) إذا كذبه الورثة فى القبض والدفع ، وعدم قبوله حينئذ بالنسبة إلى إيجاب الضمان على

(بخلاف الوكيل بقبض العين) كوديعة قال قبضتها فى حياته وهلكت وأنكرت الورثة أو قال دفعتها إليه فإنه يصدق لأنه ينفى الضمان عن نفسه ، بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق وكالة الولوالجية .

قلت : وظاهره أنه لا يصدق لا فى حق نفسه ولا فى حق الموكل ، وقد أفتى بعضهم

الميت لأن الديون تقضى بأمثالها ، فبادعائه الدفع إليه يوجب عليه مثل ما قبض ويلتقى قصاصا بماله على المدين وهو لا يملك ذلك ، لأنه بموت الموكل انعزل عن الوكالة وقد حكى أمرا لا يملك استئنافه ، وفيه إيجاب الضمان على الغير فلا يصدق فى ذلك ، وصرحوا فى كتاب الوكالة أنه إذا صدق المديون وكيل الغائب فى الوكالة صار المال المدفوع إليه أمانة لتصديقه عليها فانتفى رجوعه عليه ، فلو أقام بينة على الدفع للوكيل قبلت واندفعت الورثة وإذا صدقه الورثة فى القبض والدفع فالأمر ظاهر. وإذا صدقه الورثة فى القبض أو ثبت ببينة وكذبوه فى الدفع فالقول قوله لأنه مودع بعد القبض لما نصوا عليه من أن الوكيل بقبض الدين يصير مودعا بعد قبضه فيجرى عليه أحكام المودع ، فإذا صدقوه فى القبض صاروا مقرين بأن المال فى يده وديعة ط .

أقول : وكذلك الوصى بعد عزله إذا قال قبضت ودفعته أو هلك منى وكذبه من له عليه الطلب شرعا فى القبض لم يقبل قوله إلا ببينة لأنه بعد العزل لا يملك إنشاء القبض ، وفيه إيجاب الضمان على الغير إذ الديون تقضى بأمثالها و من حكى أمرا لا يملك إنشاءه وفيه إيجاب الضمان على الغير لايقبل قوله ، ولو لم يكن معزولا وكان له ولاية القبض بأن كان وصى الميت مطلقا أو القاضى وأذن له فى القبض قبل قوله فى ذلك ، فقد صرح فى التاترخانية بأن الوصى إذا أقر باستيفاء الدين جاز وذلك لأنه يملك إنشاء القبض وقد قل من حرر هذه المسألة بل لم أطلع على من حررها غيرى فتأمل ، ذكره العلامة الرملى :

[فرع] الوصى إذا وفى الدين بعد ثبوته وأذن القاضى ثم ظهر دين آخر فإنه لايرجع عليه وإنما يشارك والله تعالى أعلم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه فى الباب الثالث من كتاب الوقف (قوله بخلاف الوكيل بقبض العين) هى أصل المسألة فلا يحتاج إلى هذه الزيادة (قوله فى حياته) أى الموكل (قوله لأنه ينفى الضمان عن نفسه) أى وليس المقصود هنا الإيجاب على الموكل (قوله وهو ضمان مثل المقبوض) الذى يقع به القصاص عما على المديون لأن الديون تقضى بأمثالها (قوله قلت وظاهره) أى ظاهر ما فى الولوالجية (قوله لا فى حق نفســه) أى فيضمن ، ولا يبرأ بدعواه الدفع إلى الميت ، وهذا غير ظاهر منها ، بل الظاهر من عبارته أنه لا يصدق فى حق الموكل خاصة بقرينة تعليله بقوله لأنه يوجب الضمان على الميت ط (قوله ولا فى حق الموكل) فى إيجاب الضمان عليه بمثل المقبوض (قوله وقد أفتى بعضهم) هو من معاصرى صاحب المنح كما ذكره فيها . وذكر الرملى فى حاشيتها : أنه هو الذى لا محيد عنه ، وليس فى كلام أئمتنا ما يشهد لغيره تأمل اه .

قال فى الأشباه : كل أمين يدعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع والوكيل والناظر إلا فى الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه فى حياته لم يقبل إلا ببينة ، بخلاف الوكيل بقبض العين والفرق فى الولوالجية اه .

وأقول : تعقبه الشرنبلالى أخذا من كلام الولوالجية وغيرها من كتب المذهب بأن دعوى الوكيل الإيصال تقبل لبراءته بكل حال . وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه فهو خاص بما إذا ادعى الوكيل حال حياة

. . . .

موكله ، وأما بعد موته فلا تثبت براءة الغريم إلا ببينة أو تصديق الورثة إلى آخر ما ذكره فى الرسالة المسماة [بمنة الجليل فى قبول قول الوكيل] كذا فى حاشية أبى السعود .

قلت : وللعلامة المقدسى أيضا رسالة فى هذه المسألة ذكرها الشرنبلالى فى مجموعة رسائله عقب الرسالة التى ألفها واستشهد بها على مامادعاه ، فارجع إلى تينك الرسالتين ، فقد أشبعا الكلام فيهما ، جزاهما الله تعالى خيرا ، وقدمنا ذلك فى الوكالة فارجع إليه إن شئت ، وقدمنا أن الغريم إن صدق أنه وكيل لا يرجع عليه إن ضاع إلا إذا ضمنه وقت الدفع للقدر المأخوذ ثانيا أو قال له قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين .

والحاصل أنه أمين فيصدق فى نفى الضمان عن نفسه فلا رجوع للورثة عليه بالدين ولا للدافع بعد حلفه لأنه إنما دفع إليه بناء على أنه أمين لأنه وكيل الدائن فى القبض ولا ضمان عليه ، ولا يسقط دين الموكل عن مديونه لأن معنى قضاء الدين لزوم مثله للمديون على دائنه بدفعه إياه عند القضاء فتقع المقاصة بذلك ، لأن الدين وصف بالذمة لايمكن قضاؤه فلا يصدق فى دعواه لزوم الدين فى ذمة موكله بمجرد دعواه ، إذ الأمين يقبل قوله فى دفع الضمان لا فى إلزام الغير ، وهذه نظيرة ما تقدمت من عدم نفاذ قول المتولى دفعت إلى أرباب الوظائف ولا ضمان عليه .

ثم بعد كتابتى هذا المحل وجدت سؤالا رفع إلى الخير الرملى مذكورا فى فتاويه سئل : فيما إذا وكلت زوجها فى قبض مال فقبضه ودفعه لها ثم ماتت فهل يقبل قوله بيمينه فى دفع ذلك أم لا ، أجاب : إن كان الموكل فيه قبض وديعة ونحوها من الأمانات فالقول قوله بيمينه فى القبض والدفع لها ، وإن كان قبض دين وأقرت بقية الورثة بالقبض وأنكرت الدفع فكذلك القول قوله بيمينه فى الدفع ، وإن أنكرت القبض والدفع لايقبل قوله إلا ببينة ، وإذا لم تقم بينة رجعت الورثة بحصتها منه على المديون ولا يرجع المديون على الزوج ، لأن قوله فى براءة نفسه مقبول لا فى إيجاب الضمان على الميت والزوج فيما يخبر يوجب فى ذمة الزوجة مثل دينها على الغريم لما تقرر أن الديون تقضى بأمثالها وقد عزل عن الوكالة بموتها فهو لايملك استئناف القبض ، بخلاف ما إذا كانت حية أو كان الموكل فيه وديعة ، لأنه فى الأول يملك الاستئناف فملك الإخبار ، وفى الثانى ليس فيه إيجاب الضمان عليها ، وهذه المسألة قد زلت فيها أقدام وانعكست فيها أفهام . وقد ذكر بعض معاصرى مشايخنا أنها تحتاج إلى التحرير ، واعتذر بعضهم عنه بضيق الوقت لا بالتقصير ، فقال : كان يختلج بخاطرى كثيرا أن أجمع فى تحريرها كلاما يزيل إشكالا ويوضح مراما ، لكن الوقت يضيق عن كمال التحقيق ، ولكننى بفضل الله تعالى ومنته وفقت لتحريرها على الوجه الأتم ، وأنزلت كل فرع منها منزلته فى أصله ، وكتبت على بعض حواشى بعض الكتب ما حاصله :

اعلم أولا أن الوكيل بقبض الدين يصير مودعا بعد قبضه فتجرى عليه أحكام المودع وأن من أخبر بشىء يملك استئنافه يقبل قوله ومالا فلا ، وأن الوكيل ينعزل بموت الموكل ، وأن من حكى أمرا لا يملك استئنافه إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لايقبل قوله على ذلك الغير وإلا يقبل ، ومن حكى أمرا يملك استئنافه يقبل وإن كان فيه إيجاب الضمان على الغير .

فإذا علمت ذلك فاعلم أنه متى ثبت قبض الوكيل من المديون ببينة أو تصديق الورثة له فالقول قوله بالدفع بيمينه لأنه مودع بعد القبض ولو كذبه الورثة فى الدفع لأنهم بتصديقهم له فى القبض صاروا مقرين بأن المال

إنه يصدق فى حق نفسه لا فى حق الموكل ، وحمل عليه كلام الولوالجية فيتأمل عند الفتوى .

[فروع] أوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع

العارية كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما .

مات وعليه دين وعنده وديعة بغير عينها فالتركة بينهم بالحصص .

استأجر بعيرا إلى مكة فعلى الذهاب ، وفى العارية على الذهاب والمجىء

فى يده وديعة ، وإذا لم يثبت القبض بأن أنكروا القبض والدفع لايقبل قوله فى إيجاب الضمان على الميت ، ويقبل قوله فى براءة نفسه فترجع الورثة على الغريم ولا يرجع الغريم عليه لأنه لايملك استئناف القبض لعزله بالموت وقبضه لدى الغريم ثابت فهو بالنسبة إليه مودع والقول قول المودع فى الدفع بيمينه وذلك لأنه مصدق له معه فى الوكالة وقد صرحوا فى كتاب الوكالة أن المدين إذا صدق وكيل الغائب فى الوكالة صار المال المدفوع إليه أمانة لتصديقه عليها فانتفى رجوعه عليه ، فلو أقام المدين بينة على الدفع للوكيل قبل واندفعت الورثة ، وإن صدق ورثة الوكيل فى القبض والدفع فالأمر ظاهر عدم مطالبة الغريم وقد برئت ذمته بتصديقهم ، فتأمل ذلك واغتنمه فإنه مفرد . ولو أراد التوكيل تحليف الورثة على نفى العلم بالقبض والدفع أو أراد المديون ذلك فله ذلك ولو ضمنوا المديون بعد الحلف وأراد أن يحلف الوكيل على الدفع للموكل الظاهر أن له ذلك ، لما تقرر أن الوكيل بالقبض خصم ومن أن المال فى يده أمانة ، وكل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله وأن كل من قبل قولهفعليه اليمين وقوله فى حق براءة نفسهمقبول وإن لميقبل فى حق إيجاب الضمان على غيره .

وأيضا كل من أقر بشىء يلزمه فإنه يحلف إذا هو أنكره إلى غير ذلك من الضوابط والقواعد ولأن المديون له أحد المالين إما الذى دفعه للوكيل وإما للورثة ، والذى دفعه للورثة إذا عادوا إلى تصديق الوكيل يسترده ، وكذلك الذى دفعه للوكيل إذا أقر الوكيل بعد أن دفعه المديون للورثة بأنه لم يدفعه للموكل وأنه باق عنده أو استهلكه يرده على الدافع .

هذا ما ظهرلى من كلامهم وتفقهت فيه ، ولم أرمن أشبع القول فى المسئلة ولامن أعطاها حقها فى الاستقصاء وأرجو الله تعالى أن يكون هذا التفقه صوابا ، والله تعالى أعلم اه (قوله أنه يصدق فى حق نفسه) أى فيبرأ (قوله لا فى حق الموكل) أى فلا يجب عليه شىء حتى يلتقى قصاصا بما على المديون ، ويلزم من هذا أن المديون لا يبرأ لعدم تصديق الوكيل فى حق الموكل ، وليس للمديون الرجوع على الوكيل حيث صدقه فى الوكالة كما سلف (قوله فيتأمل عند الفتوى) هذا إنما يحتاج إليه إذا كان ظاهر الولوالجية ما ذكره وليس بظاهرها فيتعين ما أفتى به البعض فتأمل (قوله ليس للورثة الرجوع) أى على المستعير الموصى له سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ، ومحله إذا كانت تخرج الرقبة من الثلث ، وقبل بعد موت الموصى ، فلو لم يقبل بعده بطلت كما ذكروه فى الوصية بالخدمة والسكنى (قوله تفسخ بموت أحدهما) فلورثة المعير الرجوع ، وليس لورثة المستعير الانتفاع ، حتى لو استعملوها فهلكت ضمنوا وهذه فائدة الفسخ كما لا يخفى ط (قوله بغير عينها) يعنى لم تعلم عينها : أى بأن مات مجهلا لها (قوله فالتركة بينهم) أى بين المعير والغرماء بالحصص إن لم توف التركة بالكل لأنها صارت مضمونة عليه فكانت كبقية الديون (قوله استأجر بعيرا إلى مكة فعلى الذهاب) لأن إلى للغاية وجعل غاية الاستئجار مكة ، ولو قال له أعرنى هذا البعير لأذهب به إلى مكة كان على المستعير أن يرد العارية إلى المعير حيث أخذها منه وكانت العارية على الذهاب والرجوع عرفا رحمتى .

لأن ردها عليه .

استعار دابة للذهاب فأمسكها فى بيته فهلكت ضمن لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك .

استقرض ثورا فأغار عليه الأتراك لم يضمن لأنه عارية عرفا .

استعار أرضا ليبنى ويسكن وإذا خرج فالبناء للمالك فللمالك أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن الإعارة تمليك بلا عوض فكانت إجارة معنى ، وفسدت بجهالة المدة؛ وكذا لو شرط الخراج على المستعير لجهالة البدل؛ والحيلة أن يؤجره الأرض سنين معلومة ببدل معلوم ثم يأمره بأداء الخراج منه .

أقول : الفرق بين الإجارة والاستعارة أن الاستعارة تمليك المنفعة بلا عوض وفى التبرع تجرى المسامحة ، فأما الإجارة فتمليك بعوض ومبنى ذلك المضايقة ، كذا فى فروق المحبوبى (قوله لأن ردها عليه) أى وهو لايتمكن من الرد إلا بالمجىء ، بخلاف الإجارة فإن مؤنة الرد على المالك وهذا فرق آخر غير الذى قدمناه قريبا عن المحبوبى .

وفى الهندية : لو استعارها ليحمل عليها كذا منا من الحنطة إلى البلد وهلكت الحنطة فى الطريق فله أن يركبها إلى البلد . وفى العود أيضا إلى منزل المعير اهـ (قوله لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك) أى فكان به متعديا ، لكن قد يقال إنه خالف إلى خير فلا يكون متعديا ، إلا أن يقال إن إمساك الدابة فى المكان ضرر بها عادة فتأمل (قوله لأنه عارية عرفا) أى وهلكت من غير تعدّ من المستعير فلا تضمن ، لأن القرض إنما يكون فى المثليات واستقراض غيرها فاسد يحرم تعاطيه ، وفعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن ، والعارية والقرض ينوب كل منهما عن الآخر استعمالا ، فكما أن عارية المثلى الذى لايمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه قرض فكذا استقراض العين التى ينتفع بها ثم ترد إلى صاحبها عارية وهى أمانة لاتضمن ، أفاده بعض الفضلاء (قوله بلاعوض) أى وهنا قد جعل له عوضا وهو كون البناء الذى أحدثه المستعير له (قوله بجهالة المدة) وكذا البدل لأن قدر ماينفقه فى العمارة غير معلوم حال عقد الإعارة والفاسد يجب فيه أجر المثل بالانتفاع وقد حصل . وعبارة البحر عن المحيط : لجهالة المدة والأجرة ، لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اهـ فأفاد أن الحكم كذلك لو بين المدة لبقاء جهالة الأجرة وهو ظاهر اهـ :

قال فى البزازية : دفع داره على أن يسكنها ويرمها ولا أجر فهى عارية لأن المرمة من باب النفقة وهى على المستعير ، وفى كتاب العارية بخلافه اهـ .

أقول : الذى يظهر التفرقة بين استعارة الأرض ليبنى فيها ويكون البناء للمالك ، فهى إجارة فاسدة يجب فيها أجر المثل والبناء لصاحبه وبين استعارة الدار ليسكنها ويرمها فهى عارية لما ذكر ، والوجه ظاهر (قوله وكذا لو شرط الخراج) أى خراج المقاسمة أو الموظف على المستعير فإنها تكون إجارة فاسدة لأن الخراج على المعير ، فإذا شرطه على المستعير فقد جعله بدلا عن المنافع ، فقد أتى بمعنى الإجارة والعبرة للمعانى فى العقود ، وتكون إجارة فاسدة لأن قدر الخراج مجهول ، أما إذا كان خراج المقاسمة فظاهر لأنه بعض الخارج والخارج يزيد وينقص . وأما إذا كان خراجا موظفا فإنه وإن كان مقدرا إلا أن الأرض إذا لم تحتمل ذلك القدر ينقص عنه وجهالة البدل فى الإجارة تفسد الإجارة اهـ منح عن مجمع الفتاوى (قوله والحيلة) أى فى صحة كون الخراج على المستعير (قوله أن يؤجره) أى من أراد العارية (قوله منه) أى من ذلك البدل فإنه جائز فإنه وكله بأداء ما عليه

استعار كتابا فوجد به خطأ أصلحه إن علم رضا صاحبه .
قلت : ولا يأثم بتركه إلا فى القرآن لأن إصلاحه واجب بخط مناسب . ففى الوهبانية :

وسفر رأى إصلاحه مستعيره يجوز إذا مولاه لا يتأثر

وفى معاياتها :

وأى معير ليس يملك أخذما أعار وفى غير الرهان التصور

من مال له عليه اه منح (قوله إن علم رضا صاحبه) فإن علم عدم رضاه ينبغى أن لا يصلحه لأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه .

قال ابن وهبان : ولا شك أن خطه إن كان يناسب خط الكتاب وهو يقطع أن الصواب فيما يصلحه وأصلحه لايكره صاحب الكتاب ذلك إن كان عاقلا ، وينبغى للمستعير إذا لم يكن خطه مناسبا أن يكتب الإصلاح فى ورقة ويضعها فى الكتاب ويعلم عليه ليعلم به صاحبه فيصلحه ، لأن إصلاح كتب العلم من القربات وإلا فلا يفعل ، فلو فعل ينبغى أن يضمن ، وإن لم يقطع بالغلط راجع أعلم منه أو نسخة أصح اه ومثل المستعير المستأجر :

وفى الحديث « من نظر فى كتاب أخيه بغير إذنه فكأنما نظر فى النار » وهو محمول عند أهل العلم على كتب الرسائل ، أما كتب العلم فينبغى أن يجوز النظر فيها إذا كانت لاتتضرر بالنظر والتقليب وعادة الناس فى ذلك المساهلة والمسامحة والاحتياط عدم النظر إلا بأمر اه عبد البر (قوله بخط مناسب) يفهم منه أنه لايصلحه بخط ردىء ينقص قيمته ، لأنه لم يتعين إصلاحه به بل يمكن إصلاحه بمن له خط يناسبه وهذا فى زمانهم . أما فى زماننا فلا يصلحه إلا بعد تحقق فساد مايريد إصلاحه لا بمجرد فهمه القاصر وإن اعتقد أنه مصيب ، لأنه بسبب الجهل يظن المستقيم خطأ فيفسده بإصلاحه وقد عايناه كثيرا .

والحاصل أنه إن علم أن صاحبه يكره إصلاحه لايفعل لأن التصرف فى ملك الغير لايجوز ، وإن علم أنه لايكره إصلاحه وكان خطه يناسب الكتاب وهو يقطع بالصواب فيما يصلحه اه ذلك ، وإلا راجع من هو أعلم منه أو نسخة صحيحة أو كتب فى ورقة ويضعها فى الكتاب ليكتب بخط مناسب لأن إصلاح كتب العلم من القربات ، ولا يأثم بترك الإصلاح إلا فى القرآن العظيم لأنه واجب الإصلاح بخط مناسب (قوله ففى الوهبانية) فى نسخ بالفاء ، ولا يظهر تفريعه إلا بالنظر إلى أول المسألة وهو قوله استعار كتابا الخ . وفى نسخ بالواو وهى ظاهرة ، وثبت فى بعض النسخ بعد البيت الأول وفى معاياتها :

وأى معير ليس يملك أخذ ما أعار وفى غير الرهان التصوّر

(قوله وسفر) بكسر السين : اسم الكتاب المستعار فإنه تقدم الكلام عليه قريبا (قوله وأى معير الخ) يعنى أى معير أعار ملكه لغير الرهن ولايملك استرجاعه . فالجواب أنها أرض أجرها المالك للزراعة ثم أعارها من المستأجر وقد زرعها فإنه لايملك استرجاعها لما فيه من الضرر ، وتفسخ الإجارة من حين الإعارة ، ويلزم المزارع أجرة المثل من وقت الرجوع كما فى شرح الشرنبلالى عليها .

وكذا معير أمة لإرضاع الصغير ولا يجد غيرها أو لايأخذ إلا ثديها فلا يستردها إلى أن يتم الرضاع وله أجر مثلها .

وكذا من أعار دابة وطلبها من مكان لايجد فيه مايكترى ، وقد تقدم ذلك كله ، وإنما قيد بغير الرهن لأن

وهل واهب لابن يجوز رجوعه   وهل مودع ما ضيع المال يخسر

من أعار متاعه ليرهنه المستعير لايسترده إلا بعد قضاء دين المرتهن كما تقدم ويأتى فى الرهن اه (قوله وهل واهب لابن) أى من النسب (قوله يجوز رجوعه) أى رجوع الأب فيما وهب لابنه .

وصورته : وهب لابنه الرقيق شيئا فإنه يجوز له الرجوع فيه لأن الرقيق لايملك وتقع الهبة لسيده فتكون لأجنبى فيثبت له حق الرجوع ، وتمام هذا البيت   • وإيجار قوم للحمولة محظر •

وصورته : استأجر قوما لحمل جنازة وهناك من يحملها بغير أجر فتحظر هذه الإجارة (قوله وهل مودع ماضيع المال يخسر) هو ما إذا دفع المال لرجل وقال ادفعه لفلان بعد موتى وصية منى إليه وكان المذكور وارثا له فدفعها إليه بعد موته ضمن .

ومثله لو قال : ادفع لقاتلى لعدم صحة الوصية إليهما فصار المال للورثة بموت المودع وكان الأمر فيه لم لا له فبدفعه صار دافعا بغير إذن المالك وقت الدفع والآذن قد بطل إذنه بموته (قوله ماضيع المال) فيه تسامح لأنه دفعه بغير إذن مالكه ، وهو تضييع لانقضاء إذن الآذن بموته وخروج المال عن ملكه ودخوله فى ملك الوارث لعدم صحة الوصية للوارث والقاتل ، ومن انتقل المال إلى ملكه لم يأذن له بالدفع لكنه حيث دفع للوارث ينبغى أن يضمن مازاد على قدر نصيبه فليتأمل . والظاهر أن له الرجوع على من دفع إليه ، وهذا عجز بيت وصدره: • ومن غارم إطعام عبد قراضه •

وصورته : مضارب اشترى عبدا بألفين ومال المضاربة ألف فإنه بإنفاقه عليه يكون متبرعا ، لأنه لم يبق فى يده شيء من المال فالنفقة استدانة على المال وإنه لايملكها إلا أن يرفع الأمر إلى القاضى فيأذن له فيكون له الرجوع .

[فروع] إذا مات المستعير أو المعير تبطل الإعارة خانية .

استعار من آخر شيئا فدفعه ولده الصغير المحجور عليه إلى غيره بطريق العارية فضاع يضمن الصبى الدافع وكذا المدفوع إليه تاترخانية عن المحيط .

رجل استعار كتابا فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يخبر بالضياع ووعده بالرد ثم أخبره بالضياع .

قال فى بعض المواضع : إن لم يكن آيسا من رجوعه فلا ضمان عليه ، وإن كان آيسا ضمن ، لكن هذا خلاف ظاهر الرواية . قال فى الكتاب : يضمن لأنه متناقض ولوالجية .

وفيها : دخل بيته بإذنه فأخذ إناء لينظر إليه فوقع لايضمن ولو أخذه بلا إذنه ، بخلاف مالو دخل سوقا يباع فيه الإناء يضمن اه .

جاء رجل إلى مستعير وقال إنى استعرت دابة عند حر من ربها فلان فأمرنى بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض ، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع .

قال : وكل تصرف هو سبب للضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير مالم يبرهن فصولين .

وفيه : استعاره وبعث قنه ليأتى به فركبه قنه فهلك به ضمن القن ويباع فيه حالا ، بخلاف قن محجور أتلف وديعة قبلها بلا إذن مولاه اه .

لو ذهب إلى مكان غير المسمى ضمن ولو أقرب منه ، وكذا لو أمسكها فى بيته ولم يذهب إلى المسمى ضمن لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك فى البيت .

يقول الحقير : يرد على المسألتين إشكال ، وهو أن المخالفة فيهما إلى خير لا إلى شر، فكان الظاهر أن لايضمن فيهما ، ولعل فى المسألة الثانية روايتين .

إذ قد ذكر فى التجريد : لو استأجر قدوما لكسر الحطب فوضعه فى بيته فتلف بلا تقصير قيل(١) وقيل لا ، والمكث المعتاد عفو نور العين .

استعار دابة غدا إلى الليل فأجابه صاحب الدابة بنعم ثم استعارها غدا آخر إلى الليل ، فأجاب بنعم فإن الحق يكون للسابق منهما ، وإن استعارا معا فهى لهما جميعا هندية عن خزانة الفتاوى .

وفيها استعار دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها حنطة فحمل وكيله طعاما لنفسه لم يضمن نص عليه فى كتاب الشركة ، وهذا عجيب هكذا فى الصغرى .

ولو أدخل المستعير الحمل فى بيته وترك الدابة المستعارة فى السكة فهلكت فهو ضامن سواء ربطها أو لم يربطها لأنه لما غيبها عن بصره فقد ضيعها، حتى لو تصور أنه إذا دخل المسجد أو البيت والدابة لاتغيب عن بصره لايجب الضمان وعليه الفتوى كذا فى خزانة المفتين .

لو كان يصلى فى الصحراء فنزل عن الدابة وأمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه ، وهذه المسألة دليل على أن المعتبر أن لايغيبها عن بصره كذا فى الظهيرية .

رجل استعار دابة ليشيع جنازة إلى موضع كذا فلما انتهى إلى المقبرة دفعها إلى إنسان ودخل ليصلى فسرقت الدابة . قال محمد رحمه الله تعالى : لايكون ضامنا ، كذا فى فتاوى قاضيخان ، وصار الحفظ بنفسه فى هذا الوقت يستثنى عن العقد كذا فى التاترخانية .

قال : أعرت دابتى أو ثوبى هذا لفلان ولم يكن حاضرا ولم يسمع فجاء وذهب به يضمن إلا إذا سمع هو أو رسوله أو أخبره فضولى قد سمع قال : ينبغى أن لايضمن إن كان عدلا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كذا فى التاترخانية .

ولو زلق الرجل فى السراويل فتخرق لم يضمن كذا فى الينابيع .

وفى فتاوى الديناري : إذا انتقص عين المستعار فى حال الاستعمال لايجب الضمان بسبب النقصان إذا استعمله استعمالا معهودا كذا فى الفصول العمادية .

ولو استعار ثوبا ليبسطه فوقع عليه من يده شىء أو عثر فوقع عليه فتخرق لايكون ضامنا كذا فى فتاوى قاضيخان .

رجل استعار من امرأة شيئا مما كان ملك الزوج فأعارت فهلك ، إن كان شيئا فى داخل البيت وما يكون فى أيديهن عادة لاضمان على أحد ، أما فى الثور والفرس فيضمن المستعير والمرأة كذا فى الخلاصة .

إذا وضع العارية ثم قام وتركها ناسيا فضاعت ضمن كذا فى السراجية .

رجل دخل الحمام فسقطت قصعة الحمام من يده وانكسرت فى الحمام أو انكسر كوز الفقاعى من يده ، قال أبو بكر البلخى : لايكون ضامنا ، قيل هذا إذا لم يكن من سوء إمساكه ، فإن كان من سوء إمساكه يكون ضامنا كذا فى فتاوى قاضيخان .

(١) (قوله قيل الخ) كذا بالأصل ، ولعل الصواب قيل يضمن وقيل الخ. اه مصححه .

أعار فرسا أو سيفا ليقاتل فتلف لايضمن كذا فى التاترخانية :

استعار فأسا وضربه فى الحطب ويبست فى الحطب فأتى بفأس ثانية وضرب رأس تلك الفأس فانكسر يضمن كذا فى القنية ، وبه أفتى القاضى جمال الدين . وقال القاضى بديع الدين : إن كان الضرب معتادا فلا كذا فى التاترخانية .

وإذا طلب المعير العارية فمنعها المستعير عنه فهو ضامن ، وإن لم يمنعها ولكن قال لصاحبها دعها عندى إلى غد ثم أردها عليك فرضى بذلك ثم ضاعت لاضمان عليه كذا فى المحيط .

طلبها فقال نعم أدفع ومضى شهر حتى هلكت ، إن كان عاجزا وقت الطلب عن الرد ، لايضمن وإن كان قادرا ، إن صرح المعير بالكراهة والسخط فى الإمساك وأمسك يضمن وكذا إن سكت ، وإن صرح بالرضا بأن قال لابأس لايضمن ، وإن لم يطلب وهو لم يردها حتى ضاعت وإن كانت العارية مطلقة لايضمن ، وإن قيدها بوقت ومضى الوقت ولم يردها ضمن وقد مر ذلك .

وفى المنتقى : رجل قال لغيره أعرتنى هذه الدار أو هذه الأرض لأبنيها أو أغرس فيها مابدا من النخل والشجر فغرستها هذا النخيل وبنيتها هذا البناء وقال المعير أعرتك الدار والأرض وفيها هذا البناء والغراس فالقول قول المعير ، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المعير أيضا كذا فى المحيط .

رجلان يسكنان فى بيت واحد كل واحد فى زاوية فاستعار أحدهما من صاحبه شيئا فطلب المعير بالرد فقال المستعير وضعته فى الطاق الذى فى زاويتك وأنكر المعير ، فإن كان البيت فى أيديهما لاضمان عليه كذا فى محيط السرخسى :

قال لآخر : خذ عبدى واستخدمه واستعمله من غير أن يعيره المدفوع إليه فنفقة هذا العبد على مولاه كذا فى الوجيز للكردرى .

وصح التكفيل برد العارية والمغصوب ، ولو توكل بالرد لايجبر الوكيل على النقل إلى منزله بل يدفعه إليه حيث يجده كذا فى الكافى .

رجل دخل كرم صديق له وتناول شيئا بغير إذنه ، إن علم أن صاحب الكرم لو علم لايبالى بهذا أرجو أن يكون به بأس كذا فى الخلاصة :

أراد أن يستمد من محبرة غيره ، إن استأذنه له ذلك ، وإن علم فكذلك إن لم ينهه ، وإن لم يفعل شيئا من ذلك ، إن كان بينهما انبساط فلا بأس به أيضا ، وإن لم يكن أحب أن لايفعل ذلك كذا فى الوجيز للكردرى :

رجل رهن عند رجل خاتما وقال للمرتهن تختم فهلك الخاتم لايهلك بالدين ويكون الدين على حاله لأنه صار عارية ، ولو تختم ثم أخرج الخاتم من أصبعه ثم هلك يهلك بالدين لأنه عاد رهنا . قالوا : هذا إذا أمره أن يتختم به فى خنصره ، فإن أمره أن يتختم به فى السبابة فهلك حالة التختم يهلك بالدين. ولو أمره بأن يتختم به فى خنصره ويجعل الفص من جانب الكف فجعل الفص من الخارج على ظهر الأصبع كان إعارة ، وهو وما لو أمره بأن يتختم به فى الخنصر ولم يأمره أن يجعل الفص فى جانب الكف سواء ويكون إعارة هو الصحيح كذا فى فتاوى قاضيخان :

وفى رهن الأصل : لو رهن عبدا قيمته ألف بألف ثم استعار الراهن ثم رده عليه وقيمته خمسمائة فهلك يهلك

كتاب الهبة

وجه المناسبة ظاهر

بجميع الدين تعتبر قيمته فى الرهن يوم القبض الأول ، ولو كان مكانه غصب فعلى الغاصب قيمته حين غصب ثانيا كذا فى الفصول العمادية .

استعار منشارا فانكسر فى النشر نصفين فدفعه إلى الحداد فوصله بغير إذن المعير ينقطع حقه وعلى المستعير قيمته منكسرا ، وكذا الغاصب إذا غصبه منكسرا كذا فى القنية فى كتاب الغصب انتهى هندية .

وفيها : ولو استعار فرسا ليركبها إلى موضع كذا فركبها وأردف معه آخر فأسقطت جنينا فلا ضمان عليه فى الجنين ، ولكن إن انتقصت الأم بسبب ذلك فعليه نصف النقصان ، وهذا إذا كان الفرس بحال يمكن أن يركبه اثنان . وأما إذا كان لا يمكن فهو إتلاف فيضمن جميع النقصان ، كذا فى العمادية اه .

وفى الهندية من الباب الثانى : استعار دابة ليركبها بنفسه فركبها وأردف غيره فعطبت يضمن نصف القيمة كذا فى غاية البيان هذا إذا أردف رجلا ، فإن أردف صبيا يضمن قدر الثقل ، هذا إذا كانت الدابة تطيق حملهما ، فإن كانت لا تطيق يضمن جميع القيمة كذا فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان اه .

استعار محملا أو فسطاطا وهو فى المصر فسافر به لم يضمن . ولو سافر بسيف استعاره للضرب أو عمامة استعارها للتعميم ضمن . والفرق أن المحمل كالفسطاط يستعمل خارج المصر عادة فيكون إعارتهما إذنا للسفر بهما ، بخلاف السيف والعمامة لكن على قياس مسألة الإخراج بالثوب بأن استعار ثوبا ودابة حتى وقع على الاستعمال فى المصر ثم خرج بهما عن المصر ، فإن استعملهما ضمن ، وإن لم يستعملهما ففى الثوب لم يضمن لأنه حافظ له خارج المصر كما فى المصر وضمن فى الدابة لأنها بمجرد الخروج تصير عرضة للتلف فيكون إخراجها تضييعا لها معنى كما فى الفصولين ينبغى أن لا يضمن بهما أى المحمل والفسطاط أيضا .

وعلى قياس مسألتهما ينبغى أن يلزمه الضمان فى الثوب أيضا كما فى إخراج دابة العارية . قال فى الذخيرة : ويجوز أن يفرق بينهما وبين مسألة الثوب بالتأمل فليتأمل فيه أنقروى .

إن المستأجر والمستعير لو خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان على ما عليه الفتوى فصولين ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الهبة

قال ط : هى من صفات الكمال ، فإن الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل — أم عندهم خزائن رحمة ربك العزيز الوهاب — والبشر إذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات ، لما فيها من استعمال الكرم ، وإزالة شح النفس ، وإدخال السرور فى قلب الموهوب له ، وإيراث المحبة والمودة بينهما ، وإزالة الضغينة والحسد ، ولهذا من باشرها كان من المفلحين . قال تعالى — ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون — اه تبيين .

قال الشمنى : هى الأصل مصدر محذوف الأول معوّض هاء التأنيث وأصلها وهب بتسكين الهاء وتحريكها اه مكى علة كعدة عينى ، ويتعدى الفعل بنفسه ، وباللام وبمن كما فى أحاديث كثيرة ، خلافا للمطرزى فى أنه خطأ . وللتفتازانى فى أنه عبارة الفقهاء اه قهستانى :

قال المولى عبد الحليم : يقال وهب مالا وهبا وهبة وموهبة ، والهبة قد تطلق على الموهوب (قوله وجه المناسبة ظاهر) هو أن كلا منهما تمليك بلا عوض ، ووجه تأخير الهبة عن العارية هو أنها تمليك عين ومنفعة

(هى) لغة التفضـــل على الغير ولو غير مال . وشرعا (تمليك العين مجانا) أى بلاعوض لا أن عدم العوض شرط فيه . وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين

بلا عوض، والعارية تمليك المنفعة بلا عوض فكانت العارية كالمفرد والهبة كالمركب والمفرد مقدم على المركب طبعا فقدم وضعا (قوله هى لغة التفضل على الغير) أى بما ينتفع به مطلقا (قوله ولو غير مال) قال الراغب : الهبة أن تجعل ملكك لغيرك بغير عوض . قال عز وجل — ووهبنا له إسحق ويعقوب — اهـ . وقال تعالى — فهب لى من لدنك وليا — وقال تعالى — يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور — والأولى أن يقول ولو بغير مال (قوله تمليك العين مجانا) هذا الحد غير مانع ، إذ يصدق على الوصية فإنها تمليك العين بلا عوض والصدقة وغيرهما ، اللهم إلا أن يقال إن المصنف جرى على طريقة المتقدمين من جواز التعريف بالأعم والأخص اهـ سرى الدين عن المجتبى . وزاد ابن الكمال قوله للحال لإخراج الوصية ، وخرج الإباحة والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه فإنه إسقاط وإن كان بلفظ الهبة منح (قوله أى بلا عوض) أى بلا شرط عوض على حذف مضاف ، لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما فى الكنز ، لأن معنى مجانا عدم العوض لاعدم اشتراطه . على أنه اعترضه الحموى كما فى أبى السعود بأن قوله بلا عوض نص فى اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان اهـ أى فلا يتم المراد بما ارتكبه وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض، لأنه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه فى العزمية أيضا ،

قلت : والتحقيق أنه إن جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالا من تمليك لزم ماذكر ، أما لو جعل المحذوف خبرا بعد خبر : أى هى كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض فيها غير مشروط ، بخلاف البيع والإجارة فلا يرد ماذكر فتدبر (قوله إلا أن عدم العوض شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض .

والحاصل أن المعتبر فى الهبة تمليك العين سواء كان بعوض أو بلا عوض لما سيأتى من أن الهبة بشرط العوض صحيحة فليس عدم العوض شرطا فى تحققها ، فمعناه أن الهبة تتحقق ولا يشترط فيها العوض ، وليس عدم العوض شرطا فإنه يقتضى أنها لاتتحقق مع العوض وليس كذلك .

وقد فرقوا بين الوجود بلا شرط شىء وبين الوجود بشرط لاشىء بأن الأوّل أعم من الثانى ، وعليه فإن العوض لايشترط فى تعريفها ، بل قد تكون بعوض كما إذا شرطه ، وقد تكون بلا عوض ؛ فمعنى قوله بلا عوض أى ليس العوض من لازمها ومطردا فيها ، بخلاف البيع فإنه لابد فيه من العوض ، حتى لو باعه بلا عوض فسد ، ولو أسقط هذا النفى لكان تعريفا للهبة من كل وجه وهى الهبة بلا عوض مشروط ، ويكون معنى قوله بلا عوض أى بلا شرط عوض سواء عوّضه من تلقاء نفسه أو لا ، أما الهبة بشرط العوض فهى هبة ابتداء بيع انتهاء كما سيأتى بيانه وهذا كله على جعل الباء للملابسة الخ (قوله وأما تمليك الدين الخ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة إذا أمره بقبضه فيخرج عن التعريف . فأجاب بأنه يكون عينا مآلا ، فالمراد بالعين فى التعريف ما كان عينا حالا أو مآلا وهو خارج عن القياس ، إذ الهبة لاتصح إلا فى الملك والعين غير مملوكة له وقت الهبة وهو نظير الحمل ولا يصح هبته مع أنه سيصير عينا مملوكة ، وقد يفرق بأن تمام الحمل غير متحقق إذ هو متوقف على إتمام الله تعالى له وفصله عن أمه والعبد لايقدر عليه ، والدين ثابت فى ذمة المديون مأمور بدفعه لربه وصاحبه قادر على قبضه شرعا فيقدر على تسليمه . قال بعض الفضلاء : ولهذا لايلزم إلا إذا قبض ، وله الرجوع قبله فله منعه حيث

فإن أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين .
(وسببها إرادة الخير للواهب) دنيوى : كعوض ومحبة وحسن ثناء وأخروى .

كان بحكم النيابة عن القبض ، وعليه تبتنى مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له فى هذه فتأمل . بقى هل الإذن يتوقف على المجلس الظاهر ؟ نعم فليراجع . ولا ترد هبة الدين ممن عليه لأنها مجاز عن الإسقاط ، والفرد المجازى لاينقض ، والله سبحانه أعلم .

قال فى البحر عن المحيط : ولو وهب دينا له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ، ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اه .

وفى أبى السعود عن الحموى : ومنه يعلم أن تصيير معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح مالم يأذنه بالقبض وهى واقعة الفتوى ، لـكن قال فى الأشباه : تصح ويكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه ، ومقتضاه أن له عزله عن التسليط قبل قبضه اه . وهل منه ما تعورف فى زماننا من بيع أوراق الجامكية وكذا أوراق الـكميالى والقنصليد إلى غريمه أو إلى غيره أو لمن عليه أموال أميرية أو لغيره فإنه غير مديون لعين ولعدم تعينه لقضاء الجامكية .

قال المصنف فى فتاواه : سئل عن بيع الجامكية ، وهو أن يكون لرجل جامكية فى بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل بعنى جامكيتك التى قدرها بـكذا أنقص من حقه فى الجامكية فيقول له بعتك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لـكونه بيع الدين بنقد ؟ أجاب إذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح .

قال مولانا فى فوائده : وبيع الدين لا يجوز ، ولو باعه من المديون أو وهبه جاز اه .

أقول : وكان الأولى للشارح أن يقول : ولا يرد تمليك الدين وقد أمر بقبضه لرجوعه إلى تمليك العين بسبب الأمر بقبضه (قوله فإن أمره بقبضه صحت) ويكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه كما تقدم . قال فى الحاوى القدسى : فإن قال الدين الذى لى على زيد هو لعمرو ولم يسلطه على القبض ولـكن قال واسمى فى كتاب الدين عارية صح ، ولو لم يقل هذا لا يصح .

وفى البزازية : المرأة وهبت مهرها الذى على زوجها لابنها الصغير من هذا الزوج ، إن أمرت بالقبض صحت وإلالا لأنه هبة الدين من غير من عليه الدين ذكره الحموى (قوله إرادة الخير للواهب) يقصد بها دفع شر الموهوب له ، وقد يراد به الخير للموهوب له (قوله دنيوى) بضم الدال وكسرها كما هما فى دنيا (قوله كعوض) يشمل المال والمنفعة والدعاء ، لما ورد فى الحديث «من أسدى إليـكم معروفا فكافئوه ، فإن لم تقدروا فادعوا له» فـكان الدعاء عوضا عن العجز (قوله ومحبة) أى من الموهوب له للواهب ، لما ورد فى الحديث « تهادوا تحابوا » ولأن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها بل الفعل الجميل محبب حتى لغير من وصل إليه الجميل عند النفوس الـكريمة (قوله وحسن ثناء) لأن الواهب يوصف بالجود ومكارم الأخلاق ، وينتفى عنه سيمة البخل بالجود الذى هو دواء الداءات (قوله وأخروى) أى وهو الثواب إن حسنت النية ، وحذفه للعلم به وصرح به فى شرح الملتقى فقال أو الأخروى كالنعيم المقيم ، ولأن منه امتثال أمر الله تعالى فى قوله — وتعاونوا على البر والتقوى — وأمر النبى فى قوله تهادوا واتباعا للسنة لما كان عليه النبى وأصحابه من التهادى وإيثار الإخوان على النفس ، وهو واجب على المؤمن أن يفعله ويعلمه ولده ، لما نقله الشارح عن الإمام أبى منصور ، وفاعل

قال الإمام أبو منصور : يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان ، كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة نهاية . وهي مندوبة ، وقبولها سنة قال صلى الله عليه وسلم . « تهادوا تحابوا » :

الواجب يثاب فى الآخرة (قوله قال الإمام أبو منصور) بيان للأخروى (قوله يجب على المؤمن) الذى تفيده هذه العبارة أن هذا التعليم فرض عين ط .

قال بعض الحكماء : أصل المحاسن كلها الكرم ، وأصل الكرم نزاهة النفس عن الحرام ، وسخاؤها بما ملكت على الخاص والعام ، وجميع خصال الخير من فروعه . قال عليه الصلاة والسلام « تجافوا عن ذنب السخى ، فإن الله آخذ بيده كلما عثر ، وفاتح له كلما افتقر » وعن جابر بن عبد الله قال « ما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فقال لا » وعنه صلى الله تعالى عليه وسلم أنه قال « السخى قريب من الله قريب من الناس ، قريب من الجنة ، بعيد من النار . والبخيل بعيد من الله بعيد من الناس ، بعيد من الجنة قريب من النار » وقال بعض السلف : منع الجود سوء ظن بالمعبود ، وتلا – وما أنفقتم من شىء فهو يخلفه وهو خير الرازقين – وقال على كرم الله وجهه : ماجمعت من المال فوق قوتك فإنما أنت فيه خازن لغيرك .

ومما يحكى فى الجود والإيثار ما روى عن حذيفة العدوى أنه قال : انطلقت يوم اليرموك أطلب ابن عملى فى القتلى ومعى شىء من الماء وأنا أقول إن كان به رمق سقيته ، فإذا أنا به بين القتلى ، فقلت أسقيك ؟ فأشار إلى أن نعم ، فإذا برجل يقول آه ، فأشار إلى ابن عمى أن انطلق إليه ، فإذا هو هشام بن العاص ، فقلت أسقيك فأشار إلى أن نعم ، فسمع آخر يقول آه ، فأشار إلى أن انطلق إليه ، فجئته فإذا هو قد مات فرجعت إلى هشام فإذا هو قد مات ، فرجعت إلى ابن عمى فإذا هو قد مات ، رحمهم الله تعالى (قوله إذ حب الدنيا الخ) علة لمحذوف تقديره : ولا يتركه من غير تعليم ما ذكر فيشب على حب الدنيا وهو مذموم ، إذ هو رأس كل خطيئة : أى فبهذا التعليم يخلص من هذه الآفة (قوله وهى) أى الهبة (قوله وقبولها سنة) أى إلا لعارض ، كأن علم أنه مال حرام أو أنه يمتن عليه بما أهداه إليه (قوله تهادوا) بفتح الدال وضمها خطأ ، وبسكون الواو لأنه صيغة خطاب للجماعة من التهادى ، وأصله تهاديوا لأنك تقول : تهادى تهاديا تهاديوا قلبت الواو ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت لا لتقاء الساكنين فصار تهادوا كما فى مادة تعالوا أصله تعاليوا قال تعالى – تعالوا إلى كلمة سواء والأصل أن فعل الأمر إذا لحقته واو الجماعة ينظر إلى مضارعه ، فإن ختم بألف كيتهادى يفتح ما قبل الواو وإن ختم بياء كيرمى أو واو كيدعو يضم ما قبلها (قوله تحابوا) بتشديد الباء المضمومة ، وهو أيضا صيغة خطاب للجماعة وأصله تحابون ولكن سقطت النون لأنه جواب الأمر وأصله تحاببوا لأنه من التحابب من المحبة أدغمت الباء فى الباء . وقال الحاكم : تحابوا إما بتشديد الباء من الحب وإما بالتخفيف من المحاباة .

قلت : رجح الأول الذى هو المشهور ما أخرجه البيهقى فى شعب الإيمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بنت وداع أو قال وادع قالت : سمعت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يقول ، « تهادوا يزيد فى القلب حبا » وفى رواية « تهادوا تحابوا تذهب الشحناء بينكم » وقال عليه الصلاة والسلام « الهدية مشتركة » وقال عليه الصلاة والسلام « من سألكم بالله فأعطوه ، ومن استعاذكم فأعيذوه ، ومن أهدى إليكم كراعا فاقبلوه » وكان صلى الله تعالى عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها ما هو خير منها . وفسر بعضهم – وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها – بالهدية .

وفى الأمثال : إذا قدمت من سفرك فأهد إلى أهلك ولو حجرا . وقال الفضل بن سهل : ما استرضى الغضبان ، ولا استعطف السلطان ، ولا سلت السخائم ، ولا دفعت المغارم ، ولا استميل المحبوب ، ولا توقى

(وشرائط صحتها فى الواهب : العقل والبلوغ والملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتبا .
(و) شرائط صحتها (فى الموهوب

المحذور بمثل الهدية . وفى كلام بعضهم : يفرح بالهدية خمسة : المهدى إذا وفق للفضل(١) والمهدى إليه إذا أهل لذلك ، والحمال إذا حملها ، والملكان إذ يكتبان الحسنات كذا فى بعض كتب الأدب (قوله وشرائط صحتها فى الواهب) قال فى الهندية : وأما ركنها فقول الواهب وهبت لأنه تمليك ، وإنما يتم بالمالك وحده ، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له ؛ حتى لو حلف لايهب فوهب ولم يقبل الآخر حنث كذا فى محيط السرخسى .

وأما شرائطها فأنواع : يرجع بعضها إلى نفس الركن ، وبعضها يرجع إلى الواهب ، وبعضها يرجع إلى الموهوب . أما ما يرجع إلى نفس الركن : فهو أن لايكون معلقا بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد ونحو ذلك ، ولا مضافا إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشىء منك غدا أو رأس شهر كذا فى البدائع . وأما ما يرجع إلى الواهب : فهو أن يكون الواهب من أهل الهبة ؛ وكونه من أهلها : أن يكون حرا عاقلا بالغا مالكا للموهوب ، حتى لو كان عبدا أو مكاتبا أو مدبرا أوأم ولد أو من فى رقبته شىء من الرق أو كان صغيرا أو مجنونا ، أو لا يكون مالكا للموهوب لايصح هكذا فى النهاية اهـ (قوله العقل) للحجر على المجنون والمعتوه وعدم صحة تصرف الصبى ومن فى حكمه كالمعتوه المأذون ، والمراد بالعقل ولو حكما ؛ فتصح هبة السكران . قال العلامة أبو السعود : وإنما قلنا ولو حكما ليشمل السكران (قوله فلا تصح هبة صغير) والأولى ذكر المجنون (قوله ورقيق) لعدم ملكه (قوله ولو مكاتبا) أو مدبرا أو أم ولد أو من فى رقبته شىء من الرق (قوله وشرائط صحتها) أى بقائها على الصحة كما سيأتى .

قال فى الهندية : وأما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع :

منها أن يكون موجودا وقت الهبة . فلا يجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب ما تثمر نخيله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك ، وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجارية أو ما فى بطن هذه الشاة أو ما فى ضرعها وإن سلطه على القبض عند الولادة والحلب ؛ وكذلك لو وهب زبدا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو دقيقا فى حنطة لا تجوز وإن سلطه على قبضه عند حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد وهو الأصح هكذا فى جواهر الأخلاطى :

إذا وهب صوفا على ظهر غنم وجزه وسلمه فإنه يجوز :

ومنها أن يكون مالا منقولا ، فلا تجوز هبة ماليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والخنزير وغير ذلك ، ولا هبة ماليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب ولا هبة ماليس بمال متقوم كالخمر كذا فى البدائع :

ومنها أن يكون الموهوب مقبوضا ، حتى لايثبت الملك للموهوب له قبل القبض ، وأن يكون الموهوب مقسوما إذا كان مما يحتمل القسمة ، وأن يكون الموهوب متميزا عن غير الموهوب ، ولا يكون متصلا ، ولا مشغولا بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه أو نخلا فيها ثمرة

(١) (قوله إذا وفق للفضل الخ) هكذا بأصله فى المواضع الثلاثة بلفظ إذا الشرطية ، ولعله بلفظ إذ التعليلية ، ويؤيده قوله فى الموضع الرابع : والملكان إذ يكتبان بدون ألف وليحرر اهـ مصححه .

للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لا تجوز ، وكذا لو وهب دارا أو ظرفا فيها متاع للواهب كذا في النهاية .

ومنها أن يكون مملوكا ، فلا تجوز هبة المباحات لأن تمليك ما ليس بمملوك محال .

ومنها أن يكون مملوكا للواهب ، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك للواهب كذا في البدائع . وهي نوعان : تمليك وإسقاط ، وعليهما الإجماع كذا في خزانة المفتين (قوله أن يكون مقبوضا) فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض كما قدمنا .

وفي الزيلعي : وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك ، إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق اهـ سري الدين ، وهذا يفيد أن القبض شرط لثبوت الملك لا للصحة خلاف مايعطيه كلام المصنف (قوله غير مشاع) هذا شرط الجواز في محتمل القسمة لا في غيره كما يأتي ، وهذا في الهبة . وأما إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح بحر ، أي بخلاف ما إذا تصدق بالبعض على واحد فإنه لا يصح كما يأتي آخر المتفرقات ، لكن سيأتي أيضا أنه لا شيوع في الأولى .

قال في جامع الفصولين : لو وهب من اثنين ما يقبل القسمة لم يجز عند أبي حنيفة رواية واحدة من غير اختلاف على قوله . وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله ؛ فقيل لا يجوز ، وقيل فيه روايتان : لايجوز على رواية الأصل ، ويجوز على رواية الجامع الصغير ، وهو الصحيح ، كذا حشي .

وفي هد : لو تصدق بعشرة دراهم على محتاجين يجوز ، وكذا لو وهبها لهما . ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز : وقالا : يجوز لغنيين أيضا ، فرّق بين الصدقة والهبة في الحكم ، وسوى في الأصل .وقال : إذ الشيوع مانع فيهما لتوقفهما على القبض .

والفرق أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع ، ويراد بالهبة وجه الغني وهما اثنان ، وقيل هذا هو الصحيح ، والمراد بما ذكر في الأصل التصدق على غنيين فقط . والأظهر أن في المسألة روايتين :

بح : قيل جاز التصدق على غنيين لأنهما محل صدقة التطوع .

مق : لايجوز . وعند أبي يوسف يجوز بشرط المساواة . وعند محمد يجوز في الحالين اهـ .

وفيه : وهبة المشاع فيما لايحتمل القسمة تجوز من شريكه ومن غيره ، وفيما يحتملها لم تجز لا من شريكه ولا من أجنبي ، وطرو الشيوع لا يفسد الهبة بالاتفاق . ولو وهب الكل من اثنين ، فإن أجمل بأن قال وهبت منكما لم يجز عند أبي حنيفة . وعندهما يجوز . ولو فصل بالتنصيف فهو على هذا الخلاف ، ولو بالتثليث يجوز عند محمد لا عندهما انتهى . قال الخير الرملي : قوله وفيما يحتملها الخ . أقول : في شرح الغزي وفي الزاهد العتابي أنها تجوز .

أقول : وفي الفتاوى التاجية أنها تجوز من شريكه ، قال وهو المختار اهـ . ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهود انتهى كلام الغزي .

قال المقدسي : ولو عليه ألف جيدة وألف غلة (١) فقال ربه وهبتك أحد المالين ، قال محمد جازت وله البيان ، وكذا وارثه من بعده .

(١) (قوله غلة) هكذا بالأصل .

مميزا غير مشغول) كما سيتضح (وركنها) هو (الإيجاب والقبول) كما سيجىء .

وفى منية المفتى : قال ، وهبت نصيبى من هذه الدار والموهوب له لايعلم كم نصيبه صحت انتهى ، ولعل المتفاحشة جهالته لا تصح هبته كقوله وهبتك شيئا من مالى أو من كذا ، وبهذا يتضح ما يأتى من اشتراط كون الموهوب معلوما فيما يتم بمجرد العقد .

وفى الهندية عن البحر :.ويشترط فى صحة المشاع الذى لا يحتمل القسمة أن يكون قدرا معلوما ، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز ، فإن علمه الموهوب له ينبغى أن يجوز عند الإمام دونهما .

وفيها قبل ذلك : جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لا تجوز بدون القبض ، ومر ذلك متنا فى الإقرار .

وفى الفصولين أيضا : وهبا من واحد دارا جاز إذا سلماه جملة وقبض جملة فلا شيوع . ولو وهبه واحد من اثنين لم يصح عند أبى حنيفة ، وقالا : يصح ، لأن هذه هبة الجملة منهما لتوحيد التمليك فلا شيوع كرهن من رجلين ، وله أنها هبة النصف لكل منهما ، وكذا لو فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ، ولأن الملك ثبت لكل فى النصف فكذا التمليك لأنه حكمه فتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن انتهى .

وفيه : التسليم يمكن فى الشائع ، وهو رفع الموانع عن القبض اه وسيأتى الكلام على أحكام المشاع مفصلا قريبا إن شاء الله تعالى (قوله مميزا غير مشغول) هو بمعنى غير مشاع ، ولعله أراد محوزا : أى مجموعا احترازا عن الثمر على الشجر ، أو المراد مميزا عن غير الموهوب وغير مشغول بغير الموهوب : حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمر أو عكسه لا يجوز ؛ وكذا لو وهب دارا أو ظرفا فيها متاع للواهب هندية (قوله هو الإيجاب والقبول) لأنها عقد كسائر العقود بحر ، لكن فى الثانى خلاف .

ففى القهستانى : وتصح الهبة بوهبت ، وفيه دلالة على أن القبول ليس بركن كما أشار إليه فى الخلاصة وغيرها ، وقدمنا عن الهندية أن ركنها قول الواهب وهبت لأنه تمليك وإنه يتم بالمالك وحده ، فحينئذ لابد من القبض لثبوت الملك ، وذكر الكرمانى أن الإيجاب فى الهبة عقد تام ، وفى المبسوط أن القبض كالقبول فى البيع ؛ ولذا : لو هب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول كما فى الكرمانى ، لكن فى الكافى والتحفة أنه ركن ، وذكر فى الكرمانى أنها تفتقر إلى الإيجاب ، لأن ملك الإنسان لا ينقل إلى الغير بدون تمليكه ، وإلى القبول لأنه إلزام الملك على الغير ، وإنما يحنث إذا حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل ، لأن الغرض عدم إظهار الجود ولقد وجد الإظهار ، ولعل الحق الأول ، فإن التأويلات التصريح بأنه غير لازم ، ولذا قال أصحابنا : لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز اه لكن يمكن الجواب بأن القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون أخذه قبولا دلالة كما يأتى .

وفى أبى السعود : وركنها الإيجاب والقبول ولو دلالة ، وإنما حنث لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له لأنه إنما منع نفسه عما هو فى وسعه ويقضى بالبيع . وأجاب المقدسى بأن الهبة عقد تبرع فتتم بالمتبرع بخلاف البيع اه .

وفيه : واختلف فى أن ركنها الإيجاب والقبول أو الإيجاب فقط ، وإلى الثانى ذهب صاحب الهداية والوقاية .

واعلم أن المراد بالإيجاب خصوص ما يوجد من طرف الواهب ، واستدل له بما نقلناه عن القهستانى عن

(وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ (وعدم صحة خيار الشرط فيها) فلو شرطه صحت إن اختارها قبل تفرقهما ، وكذا لو أبرأه

الخلاصة ، بما نقلناه عن الكرمانى ثم قال : فقولهم الإيجاب ما يتلفظ به أولا ليس على إطلاقه بل بالنسبة لعقود المعاوضات اه ، وفيه : والقبول ، ولو فعلا ، ومنه ما قدمناه لو قال قد وهبت جاريتى هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم تكون له وكان أخذها قبولا ، وما فى المحيط من أنه لايشترط فى الهبة القبول مشكل بحر :

وأقول : يمكن الجواب بأن المراد بالقبول القبول بالقول .

وفى الولوالجية : قال وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صح ، لأن القبض فى باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول اه .

وفى شرح المجمع لابن ملك عن المحيط : لو كان أمره بالقبض حين وهب لايتقيد بالمجلس ، ويجوز قبضه بعده اه ، وفى البحر : وكذا بقوله أذنت للناس جميعا فى ثمر نخلى ، من أخذ شيئا فهوله فبلغ الناس من أخذ شيئا يملكه كذا فى الملتقى ، وظاهره أن من أخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لايخفى اه .

وأقول : فى جامع الفتاوى عن القنية : لو قال رجل من يتناول من مالى فهو مباح فتناول رجل من غير أن يعلم إباحته جاز الخ فتأمل .

قال فى خزانة الفتاوى : إذا دفع لابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للأب إلا إذا دلت دلالة التمليك بيرى :

قلت : قد أفاد أن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط بل تكفى القرائن الدالة على التمليك ، كمن دفع لفقير شيئا وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشىء ، وكذا يقع فى الهدية ونحوها فاحفظه ، ومثله ما يدفعه لزوجته وغيرها ، وعليه فتصح الهبة بالتعاطى ، وسيأتى تمامه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله وحكمها) أى الأثر المترتب عليها منح (قوله غير لازم) أى إلا فى الصور السبعة (قوله فله الرجوع) أى مع كراهة التحريم كما يأتى (قوله والفسخ) عطف خاص ، فإن الفسخ من الألفاظ الدالة على الرجوع (قوله وعدم صحة خيار الشرط فيها) الأولى وعدم صحتها بخيار الشرط بقرينة التفريع ، والإفإفاده أنها صحيحة مطلقا والشرط باطل لأنه يمنع تمام القبض وهى لا تتم إلا به ، وهذا لو شرط للمالك ، فلو للموهوب له لا ، إلا إن اختار قبل التفرق أو أبرأه صح لانتفاء المانع من صحة القبض (قوله فلو شرطه) بأن وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام ، وقوله وكذا لو أبرأه هذا فيما لو كان شرط الخيار من جانب الواهب كما علمت ، وكان عليه أن يذكرها كما فى المنح . ولو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام صح الإبراء وبطل الخيار (قوله إن اختارها قبل تفرقهما) لانتفاء المانع من صحة القبض (قوله وكذا لو أبرأه) أى كما تصح إن اختار الهبة وسقط الخيار ، وكذا لو أبرأه عن كل حق له عليه فيشمل حق الخيار فيصح الإبراء ويبطل الشرط لدخوله فى عموم الإبراء ، وكذا لو أبرأه عن خصوص شرط الخيار ، لكن فى اشتراط كونه قبل التفرق نظر لأنها تتم بالقبض ، ولا يشترط كونه فى المجلس فلم لاتنقلب صحيحة بعد سقوط الخيار ، ولو بعد المجلس يتأمل ، قال الحلبى : والصواب إسقاط كذا كما عبر به فى المنح وإلا فالتشبيه غير صحيح اه :

أقول : لا غبار عليه لأن التشبيه فى عدم صحة خيار الشرط ولا يخفى حسنه ، بل الصواب ما فعله الشارح

صح الإبراء وبطل الشرط خلاصة (و) حكمها أنها (لا تبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد على أن يعتقه تصح ويبطل الشرط .

(وتصح بإيجاب كوهبت

(قوله صح الإبراء وبطل الشرط) لدخوله فى عموم الإبراء ، وهذا موافق لما تقدم فى باب خيار الشرط من أن الشرط يدخل فى الإبراء ، بأن قال أبرأتك على أنى بالخيار ذكره فخر الإسلام من بحث الهزل بحر ، قال فى الأشباه : إن الإبراء عن الدين يثبت فيه خيار الشرط اه .

وفى الشرنبلالية عن الواقعات أنه لو أبرأه عن حقه على أنه بالخيار صح الإبراء وبطل الخيار لأن الإبراء دون الهبة فى كونه تمليكا ؛ ولو وهب عينا على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فهذا أولى اه ، لكن نقل الحموى عن العمادية : لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل ، ولعل فى المسألة خلافا وبالثانى جزم الشارح (قوله وحكمها أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) قال فى الخلاصة من البيع بشرط من كتاب البيوع : تعليق الهبة بالشرط باطل إن ذكر بكلمة إن ؛ وإن ذكر بكلمة على ، إن كان ملائما بأن قال وهبتك هذا على أن تعوضنى كذا صحت الهبة والشرط ، وإن كان الشرط مخالفا صحت الهبة وبطل الشرط اه أنقروى وفى منهواته معزيا للبحر : من الشروط المفسدة فى البيع ، وقيد بعلى لأن الشرط لو كان بإن فإن البيع يفسد فى جميع الوجوه إلا فى مسألة ما إذا قال إن رضى أبى أو فلان فى ثلاثة أيام ، والظاهر من كلامهم أن كلمة بشرط كذا بمنزلة على لا إن اه .

أقول : والظاهر الفرق بين البيع والهبة .

قال فى الهندية فى البقالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لغيره هذه العين لك إن شئت ودفعها إليه فقال شئت يجوز ، وعن محمد رحمه الله تعالى فى الثمر إذا طلع فقال صاحب الثمر لغيره هو لك إن أدرك أو قال إذا كان غد فهو جائز ، بخلاف دخول الدار كذا فى الذخيرة .

لو وهب غلاما أو شيئا على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام ، إن أجاز قبل الافتراق جاز ، وإن لم يجز حتى افترقا لم يجز :

ولو وهب شيئا على أن الواهب بالخيار ثلاثة أيام صحت الهبة وبطل الخيار ، لأن الهبة عقد غير لازم فلا يصح فيها شرط الخيار كذا فى فتاوى قاضيخان .

رجل له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فالألف لك أو قال أنت برىء منه أو قال إذا أديت إلى نصف المال فأنت برىء من النصف الباقى أو قال فلك النصف الباقى فهو باطل ، وكذا فى الجامع الصغير اه ، وسيأتى لذلك فروع آخر الباب إن شاء الله تعالى (قوله وتصح بإيجاب) عبر فى الإصلاح بتنعقد .

قال فى الإيضاح : لم يقل وتصح لأن الصحة أمر آخر وراء الانعقاد لها شرائط إن صادفتها تصح وإلا تنعقد فاسدة ، والكلام ههنا فى بيان انعقادها بألفاظ مخصوصة اه . وقد يقال المقصد انعقادها على وجه الصحة لأنه هو الذى يخلو عن الإثم ط :

قال العلامة الرملى : أقول إذا أطلقت الهبة يراد بها تمليك العين لا لإرادة الثواب من غير حمل على وجه الهداية ، فإن ما يراد به الثواب يسمى صدقة ، وما يحمل يسمى هدية ، ويدخل فى مسمى الهبة لغة ، ولكن لا يشترط فى هذين الإيجاب والقبول وأن كل واحد منهما هبة تأمل اه (قوله كوهبت) فإنه أصل فيها .

ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (على وجه المزاح)

قال فى الهندية : وأما الألفاظ التى تقع بها الهبة فأنواع ثلاثة : نوع تقع به الهبة وضعا : ونوع تقع به الهبة كناية وعرفا . ونوع يحتمل الهبة والعارية مستويا .

أما الأول فكقوله وهبت هذا الشىء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هذا لك أو أعطيتك أو نحلتك، هذا فهذا كله هبة .

وأما الثانى فكقوله كسوتك هذا الثوب أو أعمرتك هذه الدار فهو هبة ، كذا لو قال هذه الدار لك عمرى أو عمرك أو حياتى أو حياتك فإذا مت فهو رد علىّ جازت الهبة وبطل الشرط .

وأما الثالث فكقوله هذه الدار لك رقبى أو لك حبس ودفعها إليه فهو عارية عندهما : وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى هى هبة ، كذا فى محيط السرخسى .

ولو قال : أطعمتك هذا الطعام ، فإن قال فاقبضه فهو هبة ، وإن لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى شروحهم كذا فى المحيط .

ولو قال : حملتك على هذه الدابة يكون عارية إلا أن ينوى الهبة . وقيل هو من السلطان هبة كذا فى الظهيرية .

والأصل فى هذه المسائل أنه إذا أتى بلفظ ينبىء عن تمليك الرقبة يكون هبة ، وإذا كان منبئا عن تمليك المنفعة يكون عارية ، وإذا احتمل هذا وذاك ينوى فى ذلك كذا فى المستصفى شرح النافع . وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة كقوله منحتك هذا الطعام أو هذه الدراهم أو هذه الدنانير ، فإن أضافها إلى ما يمكن الانتفاع به مع قيامه حملناها على العارية لأنها الأدنى ، وإن أضافها إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك حملناها على الهبة ، كذا فى محيط السرخسى اهـ (قوله ونحلت) لكثرة استعماله فيه .

قال فى مختصر الصحاح : نحل بالكسر أعطى عن طيب نفس من غير مطالبة ، وقيل من غير أن يأخذ عوضا اهـ والنحلة العطية مغرب (قوله وأطعمتك هذا الطعام) زاد صاحب الدرر فاقبضه تبعا لما تقدم عن المحيط فقال : إضافة الإطعام إلى ما يطعم عينه يحتمل التمليك والإباحة ، فإذا احتمل الأمرين ، فإذا قال اقبضه دل ذلك على أن المراد التمليك الخ (قوله ولو ذلك على وجه المزاح) نقله فى البحر عن الخلاصة : ورده المقدسى عليه بأنه ليس فى الخلاصة ما يفيد دعواه . والذى فيها أنه طلب الهبة مزاحا لا جدا فوهبه جدا وسلم صحت الهبة ، لأن الواهب غير مازح ، وقد قبل الموهوب له قبولا صحيحا كذا فى حاشية أبى السعود عن الحموى .

قلت : وليس فى كلام البحر ما يقتضى أن المزاح وقع فى الإيجاب ، إذ عبارته أطلقها فشمل ما إذا كان على وجه المزاح فإن الهبة صحيحة ، وعزاه إلى الخلاصة ، لأن قوله أطلقها : أى أطلق الهبة ، وقوله فشمل ما إذا كان أى طلبه لها تأمل .

وعبارة الخلاصة قال : هب لى على وجه المزاح فوهب وقبل وسلم صح ، وهذا لايدل على ذلك ، إذ المزاح إنما وقع فى طلبها وهى وقعت بلامزاح مستجمعة للشرائط ، وما نقله المصنف عن الخزانة مستدلا به على ما فى متنه لا يفيده أيضا فإنه نحو ما فى الخلاصة ، وكذا ما فى القهستانى لايفيده أيضا . ونصه : ويدخل فيه ما يكون على وجه المزاح ، فلو قال وهبت لى كذا فقال وهبت وقال الآخر قبلت وسلم إليه جاز اهـ .

بخلاف أطعمتك أرضى فإنه عارية لرقبتها وإطعام لغلتها بحر (أو الإضافة إلى ما) أى إلى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك) لأن اللام للتمليك ، بخلاف جعلته باسمك

على أن الهبة تمليك والتمليك يعتمد الرضا والرضا غير حاصل فى الهزل ، نعم ذكر فى المنح أنه أخذه مما روى عن عبد الله بن المبارك أنه مر بقوم يضربون الطنبور فوقف عليهم وقال هبوه منى حتى تروا كيف أضرب فدفعوه إليه فضربه على الأرض وكسره ، فقال رأيتم كيف أضرب ؟ قالوا أيها الشيخ خدعتنا ، وذكر هذه الواقعة فى الخانية . ثم قال : وإنما قال لهم ذلك احترازا عن قول أبى حنيفة فإن عنده كسر الملاهى يوجب الضمان وهذا دليل على ما مر من أن هبة المازح جائزة كذا فى فتاوى قاضيخان . والذى مر هو قوله رجل قال لآخر هب لى هذا الشىء مزاحا فقال وهبت وسلم . قال أبو نصر إنما يجوز ذلك اه ، فهذه هبة صحيحة وقعت مزاحا لأن ابن المبارك بزهده وجلالة قدره لا يناسبه هبة الملاهى ، فالظاهر أن ذلك وقع على سبيل المزاح ، وكأنه أخذ الهزل من قولهم خدعتنا لأنهم لو وهبوه قصدا لم يروه خداعا منه ، وفيه تأمل لأن الإنسان يسمح بالهبة لمن يحتاج الشىء ولا يسمح به لمن يريد كسره ، فقد رأوه خداعا لهم حيث أوهمهم أنه يستمنح كرمهم وهو يريد إزالة منكرهم ، على أن فعل ابن المبارك لو سلم أنه كان على طريق الهزل ليس بحجة ، بل لا بد له من دليل يستند إليه فليطلب ذلك الدليل (قوله بخلاف أطعمتك أرضى الخ) مفهوم قوله هذا الطعام وقدمنا عن الهندية : لو قال منحتك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذه الجارية فهو إعارة . ولو قال منحتك هذا الطعام أو هذه الدراهم أو الدنانير وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة (قوله فإنه عارية لرقبتها) بهجر الحقيقة لأن الأرض لا تطعم فهو كمسألة النخلة فإن اليمين تنعقد على ثمرتها وهنا التمليك ينعقد على منفعتها فيكون عارية (قوله وإطعام لغلتها) أى التى يزرعها المستعير كما تقدم مايفيده (قوله أو الإضافة الخ) معطوف على محذوف مأخوذ من الكلام السابق وهو قوله كوهبت الخ ، فإن الأفعال الثلاثة واقعة على الطعام وهو كل . فكأنه قال بإيجاب بإضافة الكل وهو المشار إليه بقوله كوهبت الخ أو الإضافة إلى ما يعبر به عن الكل . وظاهر عبارة المصنف أنه معطوف على مزاح . والأوضح فى التعبير ولو بالإضافة : أى ولو صدر الإيجاب بالإضافة الخ تأمل (قوله وجعلته لك) معطوف على مدخول الكاف فى قوله كوهبت (قوله لأن اللام للتمليك) ولأن الجعل عبارة عن التمليك قاله قاضيخان (قوله بخلاف جعلته باسمك) فإنه يحتمل الهبة ويستعمله البياع كثيرا يريد إنى خبأته لك للبيع ، وكذا هى لك حلال يحتمل أن يكون بالعارية أو الهبة أو البيع ، فلا تثبت الهبة مع الاحتمال إلا بالقرينة وهى التى عناها بقوله إلا أن يكون الخ .

قال فى البحر : قيد بقوله لك لأنه لو قال جعلته باسمك لا يكون هبة ، ولهذا قال فى الخلاصة : لو غرس لابنه كرما ، إن قال جعلته لابنى يكون هبة ، ولو باسم ابنى لا يكون هبة . ولو قال اغرس باسم ابنى فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اه .

قال فى المنح : وفى الخانية قال جعلته لابنى فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن التمليك وإن قال اغرسه باسم ابنى لا يكون هبة ، وإن قال جعلته باسم ابنى يكون هبة لأن الناس يريدون به التمليك والهبة اه ، وفيه مخالفة لما فى الخلاصة كما لا يخفى .

قال الرملى فى حاشية المنح : ما فى الخانية أقرب لعرف الناس اه . ورأيت فى الواوالجية ما نصه : رجل له ابن صغير فغرس كرما له فهذا على ثلاثة أوجه : إن قال اغرس هذا الكرم باسم ابنى فلان أو قال جعلته

فإنه ليس بهبة ، وكذا هى لك حلال إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة خلاصة (وأعمرتك هذا الشىء وحملتك على هذه الدابة)

لابنى فلان هبة لأن الجعل إثبات فيكون تمليكا ، وإن قال جعلته باسم ابنى فالأمر متردد وهو أقرب إلى الوجه الأول اه ولتراجع نسخة أخرى تأمل ، نعم جرى عرف الناس بالتمليك مطلقا تأمل .

بقى ما لو قال ملكتك هذا الثوب مثلا فإن قامت قرينة على الهبة صحت وإلا فلا ، فإن التمليك أعم من الهبة لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها . وفى الكازرونى أنها هبة ، لكن فى الحامدية عن الخير الرملى ناقلا عن جامع الفصولين فى خليل المحاضر والسجلات برمز التتمة : عرض على محضر كتب فيه ملكه تمليكا صحيحا ولم يبين أنه ملكه بعوض أو بلا عوض. قال: أجبت أنه لا تصح الدعوى ثم رمز لشروط الحاكم اكتفى به فى مثل هذا بقوله : وهب له هبة صحيحة وقبضها ، ولكن ما أفاد فى التتمة أجود وأقرب إلى الاحتياط اه (قوله فإنه ليس بهبة) هذا أحد قولين وهو غير الأظهر .

قال فى الهندية : أبو الصغير غرس كرما أو شجرا ثم قال جعلته لابنى فهو هبة ، وإن قال جعلته باسم ابنى لا يكون هو الأظهر وعليه أكثر مشايخنا غياثية ، وإن لم يرد الهبة يصدق ملتقط ، ولو قال اغرسه باسم ابنى لا يكون هبة خانية .

قال الأب جميع ما هو حقى وملكى فهو ملك لولدى هذا الصغير فهذا كرامة لا تمليك ، بخلاف ما لو عينه فقال حانوتى الذى أملكه أو دارى لابنى الصغير فهو هبة ويتم بكونها فى يد الأب قنية . ولو قال هذا الشىء لولدى الصغير فلان جاز ويتم من غير قبول تاترخانية اه . فقولهم القبول شرط لثبوت الملك فى الموهوب يستثنى منه الهبة للصغير من أبيه (قوله وكذا هى لك حلال) لأنه إن كان أمة يحتمل حل النكاح أو الإباحة ولا إباحة فى الفروج .

[فروع] قال لغيره أنت فى حل مما أكلت من مالى له أن يأكل إلا إذا قامت أمارة النفاق . ولو قال من أكل من شجرتى فهو فى حل يأكل منها الغنى والفقير على المختار. ولو قال حللنى من كل حق هو لك على ففعل وأبرأ ، إن كان صاحب الحق عالما به برئ حكما وديانة ، وإن لم يكن عالما به برئ حكما إجماعا وديانة عند الثانى وعليه الفتوى، والمباح له لا يحل له التناول حتى يعلم بالإذن والإباحة ، ولو تناول قبل ذلك تناول حراما. وفى البزازية : لو قال أنت فى حل مما أكلت من مالى أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل والأخذ والإعطاء اه . ولو قال المغصوب منه أنت فى حل مما غصبت منى والمغصوب قائم فذلك على البراءة من ضمانها والعين للمغصوب منه اه .

وفى الخانية : رجل أضل لؤلؤة فوهبها لآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها . قال أبو يوسف : هذه هبة فاسدة لأنها على خطر ، والهبة لا تصح مع الخطر . وقال زفر : تجوز ، قال المقدسى : فكأنه قاسها على من سيب دابة (قوله إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة) كأن يقول أتهبنى ذلك أو إن نفسى رغبت فى إعطاء هذا الشىء أو أنت لم تهبنى شيئا قبل هذا ط (قوله وأعمرتك هذا الشىء) هى أن يملكها له طول عمره فإذا مات ترد على المعمر ، وهذا كان قبل الإسلام ثم جاء فى الحديث « من أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده » ولأنها تمليك شرط فيه الاسترداد بعد الموت وهو شرط فاسد لا تبطل به الهبة بل يبطل الشرط كما فى الزيلعى (قوله وحملتك على هذه الدابة) لأن الحمل على الدابة إركاب ، وهو تصرف فى منافعها لا فى عينها فتكون

ناويا بالحمل الهبة كما مر (وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة) أو عمري (تسكنها) لأن قوله تسكنها مشورة لاتفسير ، لأن الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم فقد أشار عليه في ملكه بأن يسكنه ، فإن شاء قبل مشورته ؛ وإن شاء لم يقبل (لا) لو قال (هبة سكنى أو سكنى هبة) بل تكون عارية أخذا بالمتيقن .

وحاصله أن اللفظ إن أنبأ عن تمليك الرقبة فهبة أو المنافع فعارية أو احتمل اعتبر النية نوازل .

عارية ، إلا أن يقول صاحبها أردت الهبة لأنه نوى محتمل كلامه وفيه تشديد عليه ، ومثله أخدمتك هذه الجارية بحر . ولا يخفى أن التعيين باسم الإشارة في هذا وما قبله وما بعده تحرزا عن الجهالة إذا كان للمعمر ومن بعده غيره (قوله ناويا بالحمل الهبة) لأن الحمل يستعمل في الهبة والعارية وإن كان أصله العارية لأن الحمل تصرف في المنفعة ، فإذا نوى الهبة صحت لوجود استعماله في التمليك يقال حمل الأمير فلانا على دابة إذا ملكه إياها ط (قوله كما مر) أي في العارية من قوله ومنحتك ثوبي وجاريتي وحملتك على دابتي (قوله وكسوتك هذا الثوب) لأنه يراد به التمليك . قال تعالى — أو كسوتهم — فإن المراد به تمليك العين لأن الكفارة لاتتأدى بالمنافع ، ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا إذا ملكه لا إذا أعاره .

وفي الخلاصة : لو دفع إلى رجل ثوبا وقال ألبس نفسك ففعل يكون هبة . ولو دفع إليه دراهم وقال أنفقها تكون قرضا اه ولو قال متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فهي هبة ، كذا في المحيط بحر (قوله وداري لك) مبتدأ وخبر (قوله هبة) نصب على الحال من ضمير الظرف واللام في لك للتمليك اه دزر (قوله مشورة) بتسكين الشين وفتح الواو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى : وهي استخراج رأي على غالب الظن اه إتقاني (قوله لاتفسير) لأن الفعل لايصلح تفسيرا للاسم ، وهذا لاينافي الهبة بل ينبه على المقصود بمنزلة هذا الطعام لك تأكله كما يأتي قريبا (قوله فقد أشار عليه في ملكه) كقوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه بحر ، وقد تقدم أن العمري كالهبة ، فقوله هنا هبة ليس بقيد ، بل لو قال داري لك عمري تسكنها كان كذلك نص عليه في الهداية ولذا نص عليه الشارح رحمه الله تعالى(قوله لالو قال هبة سكنى) أي داري لك هبة سكنى بنصب هبة على الحال كما تقدم ، وسكنى منصوب على التمييز لما في قوله داري لك من الإبهام يعني أنها عارية فيهما ؛ لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة فكان عارية قدم لفظ الهبة أو أخره ، ولو ذكر بدل سكنى عارية كان عارية بالأولى ولو قال : هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي إجارة غير لازمة فيملك كل فسخها بعد القبض ولو سكن وجب الأجر كذا في البحر عن المحيط (قوله أخذ بالمتيقن) برفع أخذ على أنه خبر مبتدإ محذوف كما في بعض النسخ وفي النسخة التي بيدي أخذا بالنصب (قوله إن أنبأ عن تمليك الرقبة) أي فقط ، وكذا يقال فيما بعد (قوله اعتبر النية) وعند عدم النية يثبت الأدنى وهو العارية ، وهذه المسألة أعني داري لك هبة سكنى لاترد على تعريف الهبة بأنها تمليك العين الخ لأنه بالنسبة للهبة المطلقة بأن كانت غير مقيدة فلهذا كانت تمليك المنفعة ، بخلاف تسكنها حيث لاينافي ثبوت الملك في العين لأنه للتنبيه على ماهو المقصود فلم يكن للتقييد وأما هبة الدين ممن عليه فمجاز عن الإسقاط كما سبق ، فالتعريف المذكور بالنسبة للحقيقة ، وكذا لايرد على التعريف الوصية لأن المتبادر من تعريفها بأنها تمليك العين أي حالا . على أن الكرماني ذكر أنها هبة معلقة بالموت . ثم رأيت في القهستاني مايفيد كون العارية من أفراد الهبة حيث قال بعد أن عرف الهبة بأنها تمليك العين مانصه : ويخرج عنه الإجارة والعارية والمهايأة ، لكن في النظم أن الهبة لعموم التمليك ، حتى لو قال وهبت لك هذه الدار والثوب لتسكن فيها أو تلبسه شهرا فقبل يصح انتهى ؛ لكن اللائق بالتعريف الذي ذكره المصنف ماقدمناه

وفى البحر : اغرسه باسم ابنى الأقرب الصحة (و) تصح (بقبول) أى فى حق الموهوب له ، أما فى حق

من الجواب بأن سكنى للتقييد (قوله وفى البحر الخ) نقله عن الخلاصة ، والذى فى الهندية عن فتاوى قاضيخان أنه لايكون هبة وعليه الاعتماد ، وقدمنا الكلام فيه قريبا .

وأقول : قوله جعلته باسمك ليس بصحيح كما مر ، فكيف يكون ماهو أدنى رتبة منه أقرب إلى الصحة؟ على أن الغرس باسم فلان يقصد به فى عرفنا التبرك . وقد يفرق بأن مامر ليس خطابا لابنه بل لأجنبى ، وماهنا مبنى على العرف تأمل .

قال فى جامع الفتاوى : قطع ثوبا لولده الصغير صار واهبا له بالقطع له مسلما له قبل الخياطة ، ولو كان كبيرا لاتصح الهبة إلا بعد الخياطة والتسليم .

وفى البزازية : اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية ، وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فأبق التلميذ فأراد أن يدفعها إلى غيره انتهى ، لكن فرق فى الخانية بين التلميذ والولد الصغير بأن بمجرد اتخاذ الأب لولده الصغير تصير ملكا له ، أما التلميذ وولده الكبير فلا بد من التسليم كما ذكرنا .

ثم إن قوله إن بين وقت الاتخاذ الخ يفيد أنه لو سلمها لتلميذه ولم يبين أنها إعارة ليس له دفعها إلى غيره ولعل وجهه أنه جعلها فى مقابلة خدمته له فلا تكون هبة خالصة فلا يمكنه الرجوع فيها وإلا فما المانع منه تأمل (قوله وتصح بقبول) أى ولو فعلا ومنه وهبت جاريتى هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولا كما قدمنا ، وكذا ماذكره المقدسى : دفع له ثوبين فقال أيما شئت لك والآخر لابنك فلان ، إن بين الذى له قبل التفريق جاز وإلا لاه . وما فى البحر عن المحيط من أنها تدل على أنه لايشترط الهبة القبول مشكل انتهى .

قلت : يظهر لى أنه أراد بالقبول قولا ، وعليه يحمل كلام غيره أيضا ، وبه يظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول وعدمه ، والله تعالى الموفق ، وتقدم نظيره فى العارية ، نعم القبول شرط لو كان الموهوب فى يده كما يأتى .

قال فى التاترخانية : وفى الذخيرة : قال أبو بكر رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لغيره وهبت عبدى هذا منك والعبد حاضر فقبض الموهوب له العبد ولم يقل قبلت جازت الهبة ، كذلك لو كان العبد غائبا فذهب وقبضه ولم يقل قبلت جازت الهبة . قال الفقيه أبو الليث : وبقول أبى بكر نأخذ .

وفى التهذيب : ولو قال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قوله قبلت ، ويصير قابضا فى قول محمد وقال أبو يوسف : لايصير قابضا مالم يقبض انتهى ، وقد سبق عن القهستانى أنه لايشترط القبول ، فإن من وضع ماله فى الطريق ليكون لمن رفعه جاز ، لكن قال المقدسى : وفى الخانية مايخالف مااختاره . قال رجل قال لختنه بالفارسية : ابن زمين ترا : أى هذه الأرض لك فذهب وزرعها إن قال الختن عند ماقال هذه المقالة قبلت صارت الأرض له ، فإن لم يقل قبلت لاشىء له اهـ ومامر ويأتى من مسألة العبد يخالف هذه المسألة فى الجواب فليتأمل .

[فرع] فى التاترخانية : رجل مات فوهبت له امرأته مهرها جاز لأن قبول المديون ليس بشرط ولو وهب الغريم والدين من الوارث صح بلا خلاف .

الواهب فتصح بالإيجاب وحده لأنه تبرع ، حتى لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ وبعكسه حنث بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا إذن فى المجلس) فإنه هنا كالقبول فاختص بالمجلس (وبعده به) أى بعد المجلس بالإذن .

وفى المحيط : لو كان أمره بالقبض حين وهبه لا يتقيد بالمجلس ويجوز القبض بعده

وقال قاضيخان : رجل له على آخر دين فبلغه أنه مات فقال جعلته فى حل أو قال أبرأته ثم ظهر أنه حى ليس للطالب أن يأخذ منه لأنه وهب له بغير شرط اهـ (قوله لأنه تبرع) أى وعقود التبرع يكفى فيها الإيجاب وحده بالنظر للموجب (قوله حتى لو حلف) تقدم الكلام عليه ، وقد أطال الكلام فى ذلك قاضى زاده (قوله بخلاف البيع) أى إذا حلف أنه يبيع لفلان كذا فباع ولم يقبل فإنه يحنث لأن البيع عقد معاوضة لايتم إلا بالإيجاب والقبول ، فمالم يوجد القبول لايقال إنه باع ، وهذا تعرّض لصاحب الدرر حيث قال وقبول عطف على إيجاب، فإنها كالبيع لاتصح إلا بالإيجاب والقبول اهـ وكأنه اقتفى فيه أثر صاحب الكافى والكفاية والتحفة .

وقال الإمام خواهر زاده فى مبسوطه : ركنها مجرد إيجاب الواهب ، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له ، ومال إليه أكثر الشراح وتبعهم الشارح .

وفى البدائع : القبول ليس بركن استحسانا . والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر . وذكر فى المنبع إنما عدل القدورى عن لفظ تنعقد إلى لفظ تصح لأن الهبة تتم من جانب الواهب لأنه تمليك من جانب واحد وباقى التفصيل فى التكملة فراجعه (قوله وتصح بقبض) قال فى المنح : أفاد أنه لابد من القبض فيها لثبوت الملك لا للصحة لما فى المجتبى : فأما القبض فشرط لثبوت الملك اهـ (قوله فإنه هنا كالقبول) فاختص بالمجلس ، وهذا استحسان والقياس أنه لايجوز إلا بإذنه .

وجه الاستحسان أن القبض كالقبول فى الهبة ولهذا لايملك بها قبله ويغنى عن القبول ، والمقصود من الإيجاب إثبات الملك فيكون تسليطا على القبض دلالة إذ ملكه لايتصور إلا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لأنه بمنزلته اهـ زيلعى (قوله وبعده به) لأن الإذن ثبت نصا ، والثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت فى المجلس وبعد المجلس شلبى (قوله لايتقيد بالمجلس) لما ذكر أن الإذن ثبت نصا الخ .

قال فى الهندية : ولا يتم حكم الهبة إلا مقبوضة ، ويستوى فيه الأجنبى والولد إذا كان بالغا ، هكذا فى المحيط والقبض الذى يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها القبض بإذن المالك ، والإذن تارة يثبت نصا وصريحا ، وتارة يثبت دلالة ، فالصريح أن يقول اقبضه إذا كان الموهوب حاضرا فى المجلس ويقول اذهب واقبضه إذا كان غائبا عن المجلس .

ثم إذا كان الموهوب حاضرا وقال له الواهب اقبضه فقبضه فى المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس صح قبضه وملكه قياسا واستحسانا .

ولو نهاه عن القبض بعد الهبة لايصح قبضه لافى المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس ، وإن لم يأذن له بالقبض صريحا ولم ينهه عنه ، إن قبضه فى المجلس صح قبضه استحسانا لاقياسا ، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لايصح قبضه قياسا واستحسانا ، ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض ، إن كان القبض بإذن الواهب جاز استحسانا لاقياسا ، وإن كان بغير إذنه لايجوز قياسا واستحسانا هكذا فى الذخيرة .

لو وهب شيئا حاضرا من رجل فقال الموهوب له قبضته صار قابضا عند محمد رحمه الله تعالى خلافا لأبى يوسف رحمه الله تعالى كذا فى السراجية .

(والتمكن من القبض كالقبض ؛ فلو وهب لرجل ثيابا فى صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضا) لعدم تمكنه من القبض (وإن مفتوحا كان قبضا لتمكنه منه) فإنه كالتخلية فى البيع اختيار وفى الدرر : والمختار صحته بالتخلية فى صحيح الهبة لا فاسدها

وفى البقالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ، إذا قال اقبضه فقال قبضت والموهوب حاضر جاز إذا لم يبرح الموهوب له قبل قوله قبضت ، ولا يكفى قوله قبلت . وإذا لم يقل اقبضه فإنما القبض أن ينقله ، فإذا لم يقل قبلت لم يجز وإن نقل إلا أن تكون الهبة بمسألته كذا فى المحيط :

ولو قال لرجل هب لى هذا العبد فقال وهبت تمت الهبة كذا فى الينابيع انتهى ،وتقدم الكلام عليه قريبا فلا تنسه (قوله والتمكن من القبض) أى العادى لا العقلى، وموضوع هذا فيما إذا قبض الموهوب له وغيره. وأما التمكن بالتخلية فقد ذكره بعد ط (قوله كالقبض) ولهذا قال فى الاختيار : ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبى حنيفة وجعل تمكنه من القبض كالقبض كالتخلية فى البيع . وقال أبو يوسف : لابد من القبض بيده اه بحر .

قال ابن الكمال : قبض كل شىء بما يناسبه ، فقبض مفتاح الدار قبض لها ، وقبض مايحتمل القسمة يكون بها ، وقبض مالا يحتملها يكون بقبض كله اه .

قال فى التاترخانية : قد ذكرنا أن الهبة لاتتم إلا بالقبض والقبض نوعان : حقيقى وأنه ظاهر . وحكمى وذلك بالتخلية ؛ وقد أشار فى هذه المسألة أى مسألة التمكن من القبض قبض إلى القبض الحكمى وهو القبض بطريق التخلية ، وهذا قول محمد خاصة . وعند أبى يوسف التخلية ليست بقبض ، وهذا الخلاف فى الهبة الصحيحة . فأما الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقا اه (قوله والمختار صحته) أى القبض بالتخلية ظاهره وإن لم يقبضه الموهوب له ، وهو خلاف مافى حاشية الشلبى عن شرح الإسبيجابى أنه إذا كان العبد حاضرا فقال الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها فانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز لأن التخلية إقباض منه، فإذا قبضه بإذنه تم العقد أما البيع فينزل قابضا بمجرد التخلية وإن لم يباشر القبض .

والفرق أن القبض واجب عليه فى البيع والبائع محتاج إلى إخراج نفسه من عهدة المبيع ، فإذا أتى بما وسعه فقد برئ ، وليس فى وسعه إلا التخلية . وأما الهبة فإن التسليم ليس بواجب عليه فيها فإذا لم يسلمه إليه ويقبضه لايعد مسلما اه بتصرف .

ونقل بعده عن المحيط ما نصه : ومن النوادر : رجل وهب من رجل ثوبا وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته . قال أبو حنيفة صار قابضا لأنه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه كالتخلية فى باب البيع . وقال أبو يوسف : لايصير قابضا مالم يقبضه بنفسه لأنه غير قابض حقيقة اه ، فعلى هذا محمد مع أبى حنيفة رحمهم الله تعالى ، والقبض حقيقة عنده بالنقل من ذلك المكان اه ط .

وفى الخانية : الأصح أن الإقرار بالهبة لايكون إقرارا بالقبض اه .

[فرع] لو وهب الغائب دراهم وأرسلها فقال الموهوب له تصدق بها عليك أو على غنى لا يجوز ، وإن تصدق يضمن للواهب .

[فرع آخر] اختلف الواهب والموهوب له فى القبض القول للموهوب له إن قال وهبته لى وقبضته بإذنك

وفى النتف ثلاثة عشر عقدا لاتصح بلا قبض .

(ولو نهاه عن القبض لم يصح) قبضه (مطلقا) ولو فى المجلس لأن الصريح أقوى من الدلالة (وتتم) الهبة (بالقبض) الكامل (ولو الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به)

وإن قال كان بمنزلنا لابحضرتنا فأمرتنى بقبضه فقبضته لا (قوله وفى النتف الخ) عبارتها أحدها الهبة والصدقة والرهن والوقف فى قول محمد بن الحسن والأوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح والعمرى والنحلة والحبيس والصلح ورأس المال فى السلم والبدل فى السلم إذا وجد بعضه زيوفا فإذا لم يقبض بدلها قبل الافتراق بطل حصتها من السلم ، والحادى عشر : الصرف ، والثانى عشر : إذا باع الكيلى بالكيلى والجنس مختلف ، مثل الحنطة بالشعير جاز فيها التفاضل ، ولا تجوز النسيئة ، والثالث عشر : إذا باع الوزنى بالوزنى مختلفا مثل الحديد بالصفر أو الصفر بالنحاس أو النحاس بالرصاص جاز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النسيئة ، وقوله : الحبيس بالحاء المهملة والباء الموحدة بعدها ياء تحتية ، وبالسين المهملة كما هو مثبت بخط السائحانى فى هامش الدر نقلا عن المنح وقد راجعت المنح بخط الشيخ محفوظ ابن المصنف رحمهما الله تعالى ، فوجدته ترك لها بياضا ولم يثبت شيئا وفى بعض النسخ قال السابع : الجنس بالجنس بالجيم والنون والسين ، وهى ظاهرة ، وفى بعضها الجنين وظاهره أنه يصح إذا قبضه بعد الولادة لكن نص المصنف فيما يأتى أنه لو وهب الحمل وسلمه لايجوز لأن فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم اه فظهر أنهما نسختان الأولى الجنس بالجنس ، والثانية الحبيس وهى الموافقة لما فى نسختى النتف لكنها داخلة فى الوقف ، لأن الحبيس من الخيل الموقوف فى سبيل الله تعالى كما فى القاموس فتأمل .

ثم رأيت فى الخانية مانصه : ولو قال هذه الدار لك حبيس فدفعها إليه كان باطلا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف : هى هبة جائزة وقوله : حبيس أو رقبى باطل اه (قوله لأن الصريح أقوى من الدلالة) وهذا الصريح أفاد الرجوع عن الهبة قال شيخ الإسلام لأن نهى الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الإيجاب لأن القبض فى باب الهبة بمنزلة القبول فى باب البيع . والبائع لو نهى المشترى عن القبول بعد الإيجاب كان ذلك رجوعا منه عن الإيجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه فكذلك هذا اه .

والحاصل : أنه إن أذن بالقبض صريحا صح قبضه فى المجلس وبعده ولو نهاه لم يصح قبضه له فى المجلس ولا بعده ، لأن الصريح أقوى من الدلالة ، ولو لم يأذن ولم ينه صح قبضه فى المجلس لابعده ، ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض إن كان بإذن صح وإلا لا ذكره القهستانى ط (قوله وتتم الهبة بالقبض الكامل) قدمنا قريبا عن ابن الكمال بيانه وهو أن قبض كل شىء بما يناسبه الخ قال فى الدرر والقبض الكامل فى المنقول بما يناسبه وفى العقار بما يناسبه ، فقبض مفتاح الدار قبض لها ، والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالأصالة من غير أن يكون بتبعية قبض الكل وفيما لايحتمل القسمة بتبعية الكل اه وكذا الحكم من غير فرق فى الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد ، لأنها كالهبة فى الافتقار إلى القبض كما فى المنبع هذا الذى ذكره فى هبة العين ، أما إذا وهب الدين فإنه لم يجز ما لم يأذن فى قبضه وقبضه فى المجلس بحضرته لايجدى نفعا كما فى الشروح وتقدم ذلك ، ويأتى وفى الخانية وكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز (قوله ولو الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به) قال الشمنى : ولو وهب دارا بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت الهبة فى الدار لأن الاستحقاق ظهر به أن يده فى المتاع كانت يد غصب وصار كما لو غصب الدار والمتاع .

والأصل أن الموهوب إن مشغولا بملك الواهب

وهب المالك له الدار ، أو أودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فإنه يصح ولو وهب أرضا وزرعها وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة فى الأرض لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشىء واحد ، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة ؛ فتبطل الهبة فى الباقى اه .

وفى الهندية : واشتغال الموهوب بملك غير الواهب ، هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط فى الباب الأول من هبة الزيادات أنه لا يمنع فإنه قال لو أعار داره من إنسان ثم المستعير غصب متاعا ووضعه فى الدار ، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة فى الدار ، وكذلك لو أن المعير هو الذى غصب المتاع ووضعه فى الدار ثم وهب الدار من المستعير كانت الهبة تامة ، وإن تبين أن الدار مشغولة بما ليس بموهوب ، لما أنها لم تكن مشغولة بملك الواهب وهو المانع من تمام الهبة كذا فى الفصول العمادية .

لو أودعه الدار والمتاع ثم وهب الدار صحت الهبة ، فإن هلك المتاع ولم يحوّله ثم جاء مستحق واستحق المتاع كان له أن يضمن الموهوب له وذكر ابن رستم أن هذا قول محمد رحمه الله تعالى . أما فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : لو استحق وسادة منها تبطل الهبة فى الدار كذا فى التاترخانية ومثله فى البحر عن المحيط اه .

لكن صرح فى زيادات قاضيخان : أن الاشتغال بملك غير الموهوب له يمنع صحة الهبة ، سواء كان ملك الواهب أو غيره ، لكن الهبة إنما تمتنع إذا كان الاشتغال بمتاع فى يد الواهب ، أو فى يد غير الموهوب له أما إذا كان المتاع فى يد الموهوب له بغصب أو عارية ، أو غير ذلك فلا تمتنع . واستدل عليه بمسائل الإجارة والغصب والاستحقاق ، فظهر أن الأصل أن الهبة إذا كانت مشغولة بملك الواهب أو بملك غير الموهوب له تمنع الهبة إذا لم يكن فى يد الموهوب له ، كما فى جامع الفصولين وأقره فى نور العين فتأمل (قوله والأصل أن الموهوب إن مشغولا بملك الواهب منع تمامها وإن شاغلا لا) عبارة العمادية : هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لا تجوز ، والأصل فى جنس هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة ، لأن القبض شرط . وأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب ، فلا يمنع تمام الهبة .

مثاله : وهب جرابا فيه طعام لا تجوز ، ولو وهب طعاما فى جراب جازت وعلى هذا نظائره اه .

قال الزيلعى : واعلم أن الدار التى فيها المتاع والجوالق الذى فيه الدقيق كالمشاع ، لأن الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح اه وكلامه يعطى أن هبة المشغول فاسدة ، والذى فى العمادية أنها غير تامة .

قال السيد الحموى فى حاشية الأشباه : فيحتمل أن فى المسألة روايتين كما وقع الاختلاف فى هبة المشاع المحتمل للقسمة ، هل هى فاسدة أو غير تامة والأصح كما فى البناية أنها غير تامة فكذلك هنا كذا بخط شيخنا ، ومنه يعلم ماوقعت الإشارة إليه فى الدر المختار حيث قال : والأصل أن الموهوب إن مشغولا الخ ، فأشار إلى أحد القولين بما ذكره أولا من عدم التمام ، وإلى القول الثانى بما ذكره آخرا من عدم الصحة فتدبر أبو السعود .

واعلم أن الضابط فى هذا المقام أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض ، والشجر أو بالعكس ، وإن اتصل اتصال مجاورة ، فإن كان الموهوب مشغولا بحق الواهب لم يجز كما إذا وهب السرج على الدابة ، لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة ، فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصانا فى القبض ، وإن لم يكن

منع تمامها ، وإن شاغلا لا فلو وهب جرابا فيه طعام الواهب أو دارا فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لاتصح وبعكسه تصح فى الطعام والمتاع والسرج فقط لأن كلا منها شاغل لملك الواهب لا مشغول به لأن شغله بغير ملك واهبه لايمنع تمامها

مشغولا جاز كما إذا وهب دابة مسرجة دون سرجها لأن الدابة تستعمل بدونه ، ولو وهب الدابة وعليها حمل لم يجز لأنها مستعملة بالحمل ، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز لأن الحمل غير مستعمل بالدابة ، ولو وهب دارا دون ما فيها من متاعه لم يجز وإن وهب ما فيها وسلمها دونها جاز كذا فى المحيط شرح المجمع (قوله منع تمامها) ولايعد قبضها حينئذ قبضا وفاعل منع ضمير يعود على الشغل (قوله وإن شاغلا لا) وذلك أن المظروف يشغل الظرف وأما الظرف فلا يشغل المظروف . قال فى جامع الفصولين : تجوز هبة الشاغل لا المشغول .

قال العلامة خير الدين فى حاشيته عليه أقول: هذا ليس على إطلاقه فإن الزرع والشجر فى الأرض شاغل لامشغول ومع ذلك لا تجوز هبته ، لاتصاله بها تأمل اه وما فى الضابط الذى ذكرنا كفاية (قوله فلو وهب جرابا) بكسر الجيم : ومن لطائف الكلام لا تفتح الجراب والخزانة ولا تكسر ٧ القنديل والقصعة (قوله وسلمها كذلك لا تصح) قال صاحب جامع الفصولين : فيه نظر إذ الدابة شاغلة للسرج واللجام لامشغولة .

يقول الحقير : صل أى الأصل عكس فى هذا والظاهر أن هذا هو الصواب ، يؤيده ما فى قاضيخان : وهب أمة لرجل عليها حلى وثياب وسلمها جاز وكذا الصدقة ، ويكون الحلى وما فوق ما يستر عورتها من الثياب للواهب لمكان العرف ولو وهب الحلى والثياب دونها لا يجوز ، حتى ينزعهما ، ويدفعهما إلى الموهوب له لأنها ما داما عليها يكون تبعا لها ومشغولا بالأصل ، فلا تجوز هبته نور العين .

وفى البحر عن المحيط : وإن وهب دارا فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضا جازت فى المتاع خاصة ، وإن بدأ فوهب له المتاع ، وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما لأنه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شيء ، وحين هبة المتاع فى الأولى زال المانع عن قبض الدار ، لكن لم يوجد بعد ذلك فعل فى الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الأول صحيحا فى حقها اه (قوله وتصح فى الطعام الخ) كان عليه أن يقول يصح القبض ، لأن العقد صحيح حتى فى المشاع وإنما الكلام فى القبض ، حتى لو وهب الكل وسلم النصف لايجوز ، ولو وهب النصف ثم الآخر وسلم الكل يصح القبض ، ولو وهب الشاغل ، وسلم بالظرف صح لأن اليد على المظروف يد على المتبوع ، فهى أقوى من قيام اليد على الظرف ، لأنه تابع كهبة أمة بحلى دونه يصح القبض فيها معه لاعكسه وتعليل الشارح عليل لأنه علل الصحة فى الشاغل دون المشغول بأنه شاغل لا مشغول ويأتى قريبا ما هو أوضح من هذا فتأمل (قوله شاغل لملك الواهب لا مشغول به) أقول : الذى فى البحر والمنح وغيرهما : تصوير المشغول بملك الغير بما إذا ظهر المتاع مستحقا ، أو كان غصبه الواهب أوالموهوب له قال فى الزيادات : جاز هبة المشغول بملك غير الواهب ، فلوأعار بيتا فوضع فيه المعير أوالمستعير متاعا غصبه ، ثم وهب البيت من المستعير جاز ، وكذا لو وهب بيتا بما فيه ، أو جوالق بما فيه من المتاع ، وسلمه ثم استحق المتاع جاز فى الدار والجوالق إذ يد الواهب كانت ثابتة على البيت ، والمتاع جميعا حقيقة فصح التسليم ، ثم بالاستحقاق ظهر أن المتاع لغيره ولم يظهر أن البيت مشغول بملك الواهب وهو المانع ، وكذا الرهن والصدقة إذ القبض شرط تمامها كالهبة وقدمنا تمامه عن جامع الفصولين وأقره نور العين كما علمت فلا تنسه (قوله لأن شغله بغير ملك واهبه) هذا تعليل لمفاد من كلام المصنف كأنه يقول : وإنما قيد عدم التمام بكونه

كرهن وصدقـــة لأن القبض شرط تمامها وتمامه فى العمادية .
وفى الأشباه : هبة المشغول لاتجوز إلا إذا وهب الأب لطفله .
قلت : وكذا الدار المعارة

مشغولا بملك الواهب ، لأن شغله الخ . وفى نسخة : لا شغله أى لا يمنع تمامها شغله الخ وعليها يضيع فائدة قوله لا يمنع تمامها ط .

أقول : ولعل فى عبارة الشارح سقطا ، وهو قيد الشغل بملك الواهب الخ ثم رأيت المصنف ذكر هذه المسئلة حيث قال : واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط فى الباب الأول من هبة الزيادات : أنه لا يمنع إلى آخر ما قدمناه قريبا عن الهندية وهو سالم من النقد (قوله كرهن وصدقة) فإنهما لا يتمان إلا بالقبض الكامل ويضر كونه مشغولا بملك الراهن ، والمتصدق لا شاغلا لهما فالتشبيه راجع إلى كلام المصنف .

قال فى المنح : وكل جواب عرفته فى هبة الدار والجوالق بما فيها من المتاع فهو الجواب فى الرهن والصدقة لأن القبض شرط تمامها كالهبة انتهى : أى كما أن شغل الرهن والصدقة بملك غير الراهن وغير المتصدق لا يمنع تمامها ، كما فى المحيط وغيره مدنى (قوله وفى الأشباه هبة المشغول لا تجوز الخ) قال الحموى وذلك كما لو كان لرجل دار وفيها أمتعة فوهبها من رجل لايجوز لأن الموهوب مشغول بما ليس بموهوب ، فلا يصح التسليم فرق بين هذا ، وبين ما إذا وهبت المرأة دارها من زوجها وهى ساكنة فيها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح ، والفرق أنها وما فى يدها فى الدار فى يده فكانت الدار مشغولة بعياله وهــذا لا يمنع صحة قبضه كذا فى الولوالجية انتهى وقد أوضح المقام فى هذه المسئلة سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه فراجعه إن شئت (قوله إلا إذا وهب الأب لطفله) كأن وهبه دارا والأب ساكنها أو لــه فيها متاع لأنها مشغولة بمتاع القابض لكنه مخالف لما فى الخانية فقد جزم أولا بأنه لا تجوز ثم قال : وعن أبى حنيفة فى المجرد تجوز و يصير قابضا لابنه تأمل .

قال فى الولوالجية : رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها ، قال الإمام لايجوز وقال أبويوسف يجــوز ، وعليه الفتوى انتهى لأن الشرط قبض الواهب هبتها وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب لا يمنــع قبض الواهب .

وفى البزازية : وهب لابنه الصغير دارا وفيها متاع الواهب أو تصدق لابنه الصغير بدار وفيها متاع الأب والأب ساكن فيها يجوز وعليــه الفتوى ، أو أسكنها غيره بلا أجر والأم كالأب ، لو ميتا والابن فى يدها ، وليس له وصى وكذا من يعوله والصدقة فى هذا كله كالهبة كما فى التبيين ، ويفهم من قوله : بلا أجر أن الغير لو كان يسكنها بالأجر لم تجز الصدقة ، وبه صرح البزازى ووجهه فى الذخيرة بأنه إذا كان يسكنها بأجر فيده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم ، فيمنع قبض غيره تمام الهبة بخلاف ما إذا كان بغير أجر اهـ (قوله قلت وكذا الدار المعارة) بأن أعار داره إنسانا ثم إن المستعير أو المعير غصب متاعا ووضعه فى الدار ، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة فى الدار ، لأنه تبين أن الشاغل ملك غير الواهب ط وقدمنا قريبا نحوه عن الزيادات .
ونقل فى الخانية بما لو (١) وهب طفله دارا يسكن فيها قوم بغير أجر جازو يصير قابضا لابنه لا لوكان

---

(١) قوله (بما لو) هكذا بالأصل .

والتى وهبتها لزوجها على المذهب لأن المرأة ومتاعها فى يد الزوج فصح التسليم وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت :

ومن وهبت للزوج دارا لها بها متاع وهم فيها تصح المحـرر

وفى الجوهرة : وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أولا عند الموهوب له ثم يسلمه الدار مثلا فتصح لشغلها بالمتاع (فى يده) فى متعلق بتم (محوز) مفرغ (مقسوم ومشاع

بأجر وهو مستدرك بأن الشغل هنا بغير ملك الواهب ، والمراد شغله بملكه وكأن الشارح قصد به تكملة عبارة الأشباه ، وعليه فما نقله فى الخانية أولى وانظر إذا وهبها لغير الصغير هل يصح تقدم أن شغلها بملك غير الواهب لا يمنع تمامها فتأمل (قوله والتى وهبتها لزوجها) تقدمت صورتها قريبا من أنها تصح الهبة وهو المذهب خلافا لما عن أبى يوسف من أنه لا يجوز ، لأن يد الواهب ثابتة على الدار كما فى الذخيرة (قوله المحرر) أى هذا هو المحرر المعول عليه وبيت الأصل :

ومن وهبت للزوج دارا لها بها متاع وهم فيها فقـولان يزبر

(قوله أن يودع الشاغل أولا) قال فى الجوهرة لو وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلمها مع المتاع لم يصح .

والحيلة فيه : أن يودع المتاع أولا عند الموهوب له ويخلى بينه وبينه ثم يسلم الدار إليه فتصح الهبة وبعكسه لو وهب المتاع دون الدار وخلى بينه وبينه صح وإن وهب له الدار والمتاع جميعا وخلى بينه وبينهما صح فيهما جميعا (قوله ثم يسلمه الدار) فلو سلمها ثم وهبه المتاع صح فيه خاصة ولو عكس صح فيهما أى لأن اليد إذا كانت على المظروف تكون على الظرف بخلاف العكس .

وأقول : هذا مشكل جداً لأنه لما صح فى المظروف لم لا يصح فى الظرف تبعا مع أن عقد الهبة الأولى باق إلا أن يقال هذا قول من جعل أن القبض فى الهبة الفاسدة غير مفيد للملك ، بل عليه الضمان فصارت يده يد ضمان ، فلا ترتفع بيد الهبة التى هى عقد تبرع خصوصاً وأن القبض فيه تبعى وأما على القول بأن هذا القبض غير موجب للضمان ، فيجب أن يصح العقد والقبض فى المشغول لو وهبه الشاغل الذى فى يده أمانة بعد ذلك (قوله متعلق بتم) الأولى أن يؤخره بعد قوله محوز لأن المتعلق المجرور (قوله محوز) أى مجموع المراد به أن يكون مفرغا عن ملك الواهب وحقه واحترز به عن هبة الثمر على النخل اه درر وكصوف على غنم وزرع فى أرض فقوله : مفرغ تفسير لمحوز إلا أن فيـه شائبة تـكرار مع قوله لا مشغولا به والأولى أن يفسر المحوز بالمجموع ، لأنه من حازه إذا جمعه لأجل أن يظهر لقوله : متميزا فائدة فإنه أفاد به أنه لو حازه غير مقسوم بأن حاز الثمر مع النخل لا تم به الهبة بل حتى يقسم وفى القاموس : الحوز الجمع وضم الشىء كالحيازة والاحتياز اه المراد منه ط (قوله ومشاع) أى غير مقسوم فى الصحاح سهم شائع أى غير مقسوم .

واعلم أن الشائع على قسمين شائع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير وشائع لا يحتملها كنصف قن ورحى وحمام وثوب وبيت صغير والفاصل بينهما حرف واحد وهو أن القاضى لو أجبر أحـد الشريكين على القسمة بطلب الآخر فهو من القسم الأول ولو لم يجبر فهو من الثانى إذ الجبر آية القبول .

وأمهات مسائل الشيوع سبع : بيع الشائع ، إجارته وإعارته ، ورهنه وهبته ، وصدقته ووقفه أما هبته فيما لا يحتمل القسمة جائزة من شريكه ومن غيره وفيما يحتملها لم تجز من شريكه ولا من أجنبى وفى شرح الغزى وفى الزاهد العتابى أنها تجوز .

. . . .

أقول : وفى الفتاوى التاجية أنها تجوز من شريكه قال وهو المختار اه ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور اه كلام الغزى أفاده خير الدين الرملى وطرو الشيوع لا يفسد الهبة بالاتفاق ولو وهب الكل من اثنين فإن أجمل بأن قال : وهبت منكما لم يجز عند ح وعند سم يجوز ، ولو فصل بالتنصيف فهو على هذا الخلاف ، ولو بالتثليث يجوز عند م لا عندهما وتقدمت .

هد : وهبا من واحد دارا جاز إذا سلماه جملة وقبض جملة فلا شيوع . ولو وهبه واحد من اثنين لم يصح عند ح وقالا : يصح لأن هذه هبة الجملة منهما لتوحد التمليك فلا شيوع كرهن من رجلين ، وله أنها هبة النصف لكل منهما ، وكذا لو فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ، ولأن الملك ثبت لكل فى النصف ، فكذا التمليك ، لأنه حكمه فتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن ، لأن حكمه الحبس وهو ثبت لكل منهما كملا إذ لا تضايق فيه ، ولذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن ، ولو نص على التبعيض لم يجز عند حس . وفى التنصيف روايتان عند س .

ولو رهن عند رجلين ، ونص على الأبعاض لم يجز وفاقا ، ولو وهب مشاعا تفسد فلو قسمه وسلمه جاز إذ تمامه بالقبض ، وعنده لا شيوع فقط .

قال لهما : وهبت لكما هذه الدار لذا نصفها ولذا نصفها لم يجز ولو وهب لهما درهما فالصحيح أنه يجوز ، وهبة المشاع الفاسدة لا تفيد الملك ، ولو قبض الجملة فروى عن ح : ولو وهب دقيقا فى بر أو دهنا فى سمسم ، أو سمنا فى لبن لم يجز إذ الموهوب معدوم ، ولذا لو استخرجه الغاصب يملكه ، ولو طحن وسلم لم يجز بخلاف المشاع . والفرق أن المشاع محل للتمليك ، والخلل فى القبض ، ويزول بالقسمة ، وبخلاف ما إذا وهب لبنا فى ضرع أو صوفا على ظهر غنم ، أو نخلا أو زرعا فى أرض أو ثمرا فى شجر أو أرضا فيها نخل أو زرع دونهما أو دارا أو ظرفا فيها متاع الواهب لزوال الخلل بالتفريغ والفرق بين لبن فى ضرع ، وبين هبة ولد فى بطن ، فإنها لم تجز بتسليمه بعد الولادة فى الصحيح ، إذ لا يمكن الوقوف على الولد إذ ليس فى وسعه ، فيكون كتعليقه بالخطر ويمكن الوقوف على اللبن بالحلب ، لأنه فى وسعه ، فكان كتأخير هذه الجملة .

فى هد : والتصدق بالشائع كهبته فى كل مامر إلا أنه لو وهب من اثنين مايقبل القسمة ، لم يجز عند أبى حنيفة رواية واحدة من غير اختلاف على قوله : وفى الصدقة اختلف المشايخ على قوله فقيل : لا يجوز ، وقيل : فيه روايتان لا يجوز على رواية الأصل ، ويجوز على رواية الجامع الصغير ، وهو الصحيح كذا حش .

وفى هد : لو تصدق بعشرة دراهم على محتاجين يجوز وكذا لو وهبها لهما ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز ، وقالا : يجوز لغنيين أيضا فرق بين الهدية والصدقة فى الحكم ، وسوّى فى الأصل وقال : إذ الشيوع مانع فيهما لتوقفهما على القبض ، والفرق أن الصـــدقة يراد بها وجه الله تعالى ، وهو واحد فلا شيوع ، ويراد بالهبة وجه الغنى وهما اثنان ، وقيل : هذا هو الصحيح والمراد بما ذكر فى الأصل : التصدق على غنيين فقط ، والأظهر أن فى المسألة روايتين .

بخ : قيل : جاز التصدق على غنيين ، لأنهما محل صدقة التطوّع :

متى : لا تجوز وعند س : تجوز بشرط المساواة ، وعند م : تجوز فى الحالين جامع الفصولين ،

لا) يبقى منتفعا به بعد أن (يقسم)

وتمام تفاصيل المشاع ، وما يتعلق به فيه فى الفصل الحادى والثلاثين فراجعه إن شئت وقد مر بعض ماذكرناه ويأتى بعضه .

قال فى البحر : وأما إجارته فإن كان من شريكه فهو جائز ، وإن من أجنبى لايجوز مطلقا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى : وهى فاسدة على قوله فيجب أجر المثل على الأصح خلافا لمن قال ببطلانها فلم يوجب شيئا ، وأما الشيوع الطارئ فى ظاهر الرواية لايفسد الإجارة ، وأما إعارته فجائزة إن كانت من شريكه وإلا فإن سلم الكل فهى إعارة مستأنفة للكل ، وإلا لايجبر ، وأما رهنه فهو فاسد فيما ينقسم أولا من شريكه أو من أجنبى بخلاف الرهن من اثنين فإنه جائز ، وأما وقفه ، فهو جائز عند أبى يوسف خلافا لمحمد فيما يحتملها ، وإن كان مما لايحتملها فجائز اتفاقا ، وأفتى الكثير بقول محمد ، واختار مشايخ بلخ قول أبى يوسف ، وأما وديعته فجائزة وتكون مع الشريك ، وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفا وقال : خمسمائة قرض وخمسمائة شركة كذا فى النهاية هنا . وأما غصبه فمتصور ، قال البزازى : وعليه الفتوى ، وذكر له فى الفصول صورا .

وأما صدقته : فكهبته إلا إذا تصدق بالكل على اثنين ، فإنه يجوز على الأصح ، وإذا عرف هذا فهبة المشاع فيما لاينقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لايستحق المطالبة بالقسمة ، لأنها لاتمكن ، وأما المهايأة فلا تجب فى ظاهر الرواية ، لأنها إعارة فإن كل واحد منهما يصير معيرا نصيبه من صاحبه ، والجبر على الإعارة غير مشروع ، وفى رواية : يجب وهو الذى يفيده كلام الزيلعى ، لأنها قسمة المنافع ، والتبرع وقع فى العين فيكون إيجابا فى غير ماتبرع به فلا يبالى به ، وإنما المحظور الإيجاب فى عين ماتبرع به .

وقال قاضى زاده بعد نقل : أن المهايأة لاتجب مع علته عن صاحب غاية البيان لعل هذا الجواب غير صحيح ، لأن التهايؤ يجب ، ويجرى فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد الشركاء لاسيما فيما لايقسم نص عليه فى عامة الكتب :

وأما دعوى الشائع إذا ادعى رجل ثلاثة أسهم من عشرة أسهم من دار ، وقال : هذه الثلاثة الأسهم من العشرة الأسهم من الدار المحدودة ملكى وحقى وفى يد هذا الرجل بغير حق ، ولم يذكر أن جميع هذه الدار فى يده وكذلك لم يشهد شهوده أن جميع هذه الدار فى يده ، فإن الدعوى صحيحة والشهادة مقبولة ، وأما استحقاق الشائع إذا استحق نصف الدار شائعا أو ثلثها أو ربعها ، فالمشترى بالخيار عندنا إن شاء رد مابقى ورجع بكل ثمنه ، وإن شاء أمسك مابقى ورجع بثمنه على بائعه انتهى بزيادة (قوله لايبقى منتفعا به بعد أن يقسم) أى ليس من شأنه أن يقسم بمعنى أنه لايبقى منتفعا به بعد القسمة أصلا كعبد واحد ودابة واحدة أو لايبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير انتهى درر : أى فإن البيت الصغير إذا قسم ربما ينتفع به مخزنا أو مربطا للحمار ، ولكنه لاينتفع به لابيتوتة كالانتفاع السابق ، فهو مما لايقسم ، فيصح هبة بعضه مشاعا ، وكذا الحمام الصغير إذا قسم يمكن أن يجعل بيتا أو مربطا للدواب ، ولكن لايمكن أن يبقى حماما كما كان فهو مما لايقسم ، بخلاف الحمام الكبير الذى يمكن أن يقسم ، ويجعل له موقد ثان أو أكثر ، فإن هبة بعضه مشاعا لاتصح . واحتياجه إلى موقد ثان لايخرجه عن كونه قابلا للقسمة ، حيث أمكن أن يتخذ له موقدا كالقسم الذى يحتاج إلى طريق أو مسيل ، ويمكن فيه ذلك فإنه قابل للقسمة ، فكذا هذا . وفى أول

كبيت وحمام صغيرين لأنها (لا) تتم بالقبض (فيما يقسم

كتاب القسمة من البزازية لايقسم حمام ، وحائط ، وبيت ، ودكان صغير ، لأنه لو قسم لايبقى لكل فائدة ، وانتفاع فيما يخصه وإن بقى فائدة يقسم بينهما اه .

قال فى الحامدية : لايقسم الحمام والحائط والبيت الصغير والدكانة الصغيرة ، وهذا إذا كان بحال لو قسم لايبقى لكل واحد بعد القسمة موضع يعمل فيه ، وإن كان فيقسم خزانة الفتاوى . ومثله فى الخلاصة والبزازية انتهى .

أقول : وعليه فينبغى أن يقيد الحمام بالصغير خلافا لما فهمه الحلبى من أن الحمام لايقسم مطلقا ، وفسر سيدى الوالد رحمه الله تعالى الحمام الكبير بما إذا كان له خزانتان والرحى بما إذا كانت ذات حجرين فتأمل . وإنما صح فيه الهبة لأن القبض لايتصور فيه إلا بالقبض الناقص وهو قبض الكل فاكتفى به .

قال فى البحر : هبة المشاع فيما لايقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لايستحق المطالبة بالقسمة ، لأنها لاتمكن . وأما المهايأة فلا تجب فى ظاهر الرواية ، وفى رواية : تجب انتهى وقدمنا قريبا أن النهايؤ يجب ، ويجرى فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد الشركاء لاسيما فيما لايقسم نص عليه فى عامة الكتب، فلا تنسه .

وفى البحر : ويشترط فى صحة هبة المشاع الذى لايحتملها أن يكون قدرا معلوما ، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز ، لأنها جهالة توجب المنازعة اه .

قال فى الهندية : لو وهب نصيبه من عبد ، ولم يعلم به لم يجز فإن علمه الموهوب له ينبغى أن يجوز عند الإمام دونهما ، وفيها قبل ذلك جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لاتجوز بدون القبض . وفى منية المفتى : قال : وهبت نصيبى من هذه الدار والموهوب له لايعلم كم نصيبه صحت اه ولعل المتفاحش جهالته لاتصح هبته كقوله : وهبتك شيئا من مالى أو من كذا ، وفى التاترخانية مثل مافى المنية فتأمل (قوله كبيت وحمام صغيرين) الحد الفاصل بين مايحتمل القسمة وبين مالايحتملها أن مالايبقى منتفعا به بعد القسمة أصلا كعبد واحد ودابة واحدة، أو لم ينتفع بها انتفاعا قبل القسمة كالحمام والطاحونة والبيت الصغير فإنها لاتصح، وكل مايوجب قسمته نقصانا فهو مما لايقسم وإلا فمما يقسم ، واختار الأول : أكثر الشراح ، والثانى : صاحب الذخيرة فإذا وهب درهما صحيحا لرجلين لايصح لأن تنصيف الدرهم لايوجب نقصانا فهو مما يقسم والصحيح أنه يصح لأن الصحيح لايكسر عادة فهو مما لايقسم انتهى . وذكره الشارح آخر الباب فتأمل (قوله لأنها لاتتم) لاموقع لهذا التعليل إلا بتقدير وإنما قيدنا بمشاع لايقسم لأنها الخ ط بل لو قال لأنه لايتأتى القبض فى مثل ذلك إلا بقبض الكل ، ولا تتم بذلك فيما يقسم الخ لكان حسنا .

وفى العناية : الهبة فيما يقسم جائزة ، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا (قوله لاتتم بالقبض فيما يقسم) قال علماؤنا : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتتم ، ولا تفيد الملك قبل القسمة ، وبعض أصحابنا قال إنها فاسدة ، والأصح الأول كالهبة قبل القبض اه شلبى عن الإتقانى .

وأشار الشارح أنه إنما شرط أن يكون الموهوب مقسوما أو مشاعا لايقبل القسمة ، لأن الهبة لاتتم إلا بالقبض والقبض إنما يكون فى المقسوم ، وكذا فى المشاع الذى لايقسم لأن قبض كل شىء بحسبه ، والمشاع الذى لايقبل القسمة لايكون قبضه إلا مشاعا فاكتفى به كذلك وتمت به الهبة أما المشاع الذى يقبل القسمة ، فإنه يمكن تسليمه بعد قسمته ، ويكون قبضه كاملا ، فلا يكتفى بتسليمه مشاعا ولا يعد قابضا له مع الشيوع ، ولا فرق أن يكون

ولو) هبة (لشريكه) أو لأجنبى لعدم تصوّر القبض الكامل كما فى عامة الكتب فكان هو المذهب : وفى الصيرفية عن العتابى : وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فإن قسمه وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعا لايملكه فلا ينفذ تصرفه فيه) فيضمنه وينفذ تصرف الواهب درر لكن فيها عن الفصولين الهبة الفاسدة تفيد الملك

وهبه لشريكه أو لأجنبى خلافا لما فى الصيرفية من جوازه من الشريك ، وذكر أنه المختار ووجهه ظاهر لتصور قبض الشريك له مع شيوعه ، لأن نصيب الشريك فى يده فيمكنه قبض الشقص الثانى مشاعا ، ولكنه لما كانت عامة الكتب على إطلاق المنع ، وهى موضوعة لنقل المذهب كما قال ، فكان هو المذهب فوجب العمل به سواء ظهر وجهه أولا لأن المقلد عليه اتباع ماقاله إمامه سواء وقف على دليله أو لا ، والله تعالى أعلم (قوله ولو هبة لشريكه) لو وصلية : أى ولو كانت الهبة لشريك الواهب (قوله أو لأجنبى) الأولى إسقاطه لأنه مفهوم من لو ، ولا خلاف فيه إنما الخلاف فى الشريك كما مر ويأتى (قوله لعدم تصور القبض الكامل) أى فيما يتصور فيه (قوله كما فى عامة الكتب) وصرح به الزيلعى وصاحب البحر منح (قوله فكان هو المذهب) راجع لمسألة الشريك كما فى المنح (قوله وهو المختار) الظاهر من عباراتهم اعتماد الأول ، حتى نسب الثانى شيخ الإسلام إلى ابن أبى ليلى بعد ماحكى الإطلاق عن أهل المذهب .

وفى مؤيد زاده : وهب مشاعا ينقسم لشريكه لايجوز خلافا لابن أبى ليلى اه قال الرملى : وجد بخط المؤلف يعنى صاحب المنح بإزاء هذا ماصورته : ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور (قوله فإن قسمه) أى الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة ، كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه تأمل رملى (قوله صح لزوال المانع) وهو الإشاعة فإنها زالت بالقسمة والتسليم لأنه كان عاجزا عن القبض الكامل الذى تتم به الهبة ومعناه أنها تملك بذلك ، لا أن الصحة متوقفة على القسمة ولو كان شرطا للصحة لأحتيج إلى تجديد العقد بحر بزيادة (قوله ولو سلمه شائعا) بأن سلمه الكل (قوله لايملكه) لعدم وجود القبض الكامل فيما يتصور فيه (قوله فيضمنه) أى بعد إتلافه ويجب عليه رده قبله ، ولايمتنع الرد ببيعه لعدم نفاذه (قوله لكن فيها عن الفصولين الخ) قال فى التاترخانية : بعد نقل هذا القول ، وفى السراجية وبه يفتى اه ومع إفادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له تأمل رملى (قوله الهبة الفاسدة الخ) ظاهره أن هبة المشاع قبل القسمة فاسدة ، مع أنها صحيحة غير تامة ولذا قال الشلبى : قوله : لأنه لو صح هبة المشاع فيما يقسم ظاهره كما ترى يشعر بعدم الصحة وقد قدمت قريبا أن الأصح أنها صحيحة غير تامة لا فاسدة كما قال به بعض مشايخنا والله تعالى أعلم اه ويدل عليه كلام صاحب البحر المتقدم وعبارة الهندية الآتية تفيد أن الفتوى على الفساد ط .

قال فى الفتاوى الخيرية : ولا تفيد الملك فى ظاهر الرواية قال الزيلعى : ولو سلمه شائعا لايملكه ، حتى لاينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه ، وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضيخان . وروى عن عن ابن رستم مثله ، وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ اه ومع إفادتها للملك عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له ، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب .

قال فى جامع الفصولين رامزا لفتاوى الفضلى : ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذا الفاسدة مضمونة على مامر ، فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد

بالقبض وبه يفتى ومثله فى البزازية على خلاف ما صححه فى العمادية لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع ، وهل للقريب الرجوع فى الهبة الفاسدة ؟ قال فى الدرر نعم

قبل الهلاك اه وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته ، لكونها مستحقة الرد ، وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا مات أحد المتبايعين فلورثته نقضه ، لأنه مستحق الرد ومضمون بالهلاك ، ثم من المقرر أن القضاء يتخصص فإذا ولى السلطان قاضيا ليقضى بمذهب أبى حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره ، لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اه ما فى الخيرية وأفتى به فى الحامدية أيضا والتاجية ، وبه جزم فى الجوهرة والبحر ، ونقل عن المبتغى بالغين المعجمة : أنه لو باعه الموهوب له لا يصح وفى نور العين عن الوجيز الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ، ولا يثبت الملك فيها إلا عند أداء العوض نص عليه محمد فى المبسوط ، وهو قول أبى يوسف إذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اه وذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند أبى حنيفة وفى القهستانى : لا تفيد الملك ، وهو المختار كما فى المضمرات ، وهذا مروى عن أبى حنيفة وهو الصحيح اه ،

فحيث علمت أنه ظاهر الرواية وأنه نص عليه محمد ورووه عن أبى حنيفة ظهر أنه الذى عليه العمل ، وإن صرح بأن المفتى به خلافه ، ولا سيما أنه يكون ملكا خبيثا كما يأتى ويكون مضمونا كما علمته فلا يجدى نفعا للموهوب له فاغتنمه ، وإنما أكثرت النقل فى مثل هذه لكثرة وقوعها وعدم تنبه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف ، ورجاء لدعوة نافعة فى الغيب (قوله بالقبض) لكن ملكا خبيثا ، وبه يفتى قهستانى : أى وهو مضمون كما علمت آنفا فتنبه (قوله وبه يفتى) قال فى الهندية : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تجوز ، سواء كانت من شريك ، أو من غير شريك ، ولو قبضها هل يفيد الملك ذكر حسام الدين رحمه الله تعالى فى كتاب الواقعات : أن المختار أنه لا يفيد الملك ، وذكر فى موضع آخر أنه يفيد الملك ملكا فاسدا وبه يفتى كذا فى السراجية اه (قوله ومثله فى البزازية) عبارتها وهل يثبت الملك بالقبض قال الناطفى عند الإمام : لا يفيد الملك ، وفى بعض الفتاوى : يثبت فيها فاسدا وبه يفتى ونص فى الأصل : أنه لو وهب نصف داره من آخر ، وسلمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز وأنه لا يملك ، حيث أبطل البيع بعد القبض ، ونص فى الفتاوى أنه هو المختار اه .

ورأيت بخط بعض الأفاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك ، وأنت تراه عزا رواية إفادة الملك بالقبض والافتاء بها إلى بعض الفتاوى ، فلا تعارض رواية الأصل ، ولذا اختارها قاضيخان ، وقوله : لفظ الفتوى الخ قد يقال يمنع عمومه لا سيما مثل هذه الصغية فى مثل سياق البزازى ، فإذا تأملته تقضى برجحان مادل عليه الأصل اه (قوله على خلاف ما صححه فى العمادية) أى عن العدة بلفظ هو المختار (قوله لكن لفظ الفتوى) استدراك على ما يستفاد من قوله ما صححه فى العمادية من أن القولين ، سواء وحيث كان لفظ الفتوى آكد ، فيكون العمل على ما فى الفصول والبزازية لأنه قال : وبه يفتى ، وهو آكد من الصحيح الذى فى العمادية ، فحينئذ يمتنع الرجوع بعد بيعه لتعلق حق المشترى به كما تقدم نظيره فى البيع الفاسد (قوله مع بقية أحكام المشاع) من بيعه فإنه جائز فيما يقسم ، وما لا يقسم ومن إجارته ، ومن إعارته وغير ذلك كما قدمناه قريبا (قوله قال فى الدرر نعم) عبارتها قال بعض المشايخ : كانت المسألة واقعة الفتوى وفرقت بين الهبة الصحيحة والفاسدة ، وأفتيت أى فى الفاسدة بالرجوع ، وقال الإمام الأستروشنى والإمام عماد الدين هذا الجواب مستقيم ،

وتعقبه فى الشرنبلالية بأنه غير ظاهر على القول المفتى به من إفادتها الملك بالقبض فليحفظ (المانع) من تمام القبض (شيوع مقارن) للعقد (لاطارئ) كأن يرجع فى بعضها شائعا فإنه لايفسدها اتفاقا (والاستحقاق شيوع (مقارن) لاطارئ فيفسد الكل حتى لو وهب أرضا وزرعا وسلمهما فاستحق الزرع بطلت فى الأرض

أما على قول من لا يرى الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة فظاهر ، وأما على قول من يرى الملك فلأن المقبوض فى حكم الهبة الفاسدة مضمون على ما تقرر ، فإذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد قبل الهلاك ، فيملك الرجوع والاسترداد انتهى (قوله وتعقبه فى الشرنبلالية) حيث قال : قوله : وأما على قول من يرى الملك فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون الخ هذا غير ظاهر ، لأن قوله : فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون لا يكون متجها إلا على القول بعدم الملك ، وإلا فكيف يكون مالكا وضامنا انتهى ، ونظر فيه الشيخ شاهين بأن المقبوض فى البيع الفاسد مملوك بالقبض مضمون بقيمته فلا يبعد كون الشخص مالكا وضامنا ، فكان الجواب مستقيما ، وكان القول بالضمان متجها ، حتى على قول من قال يملك الموهوب فاسدا اه ذكره أبو السعود ، وفيه أن هذا قياس مع الفارق ، فإن المبيع فاسدا مقبوض فى عقد معاوضة ، فلا بد من العوض وقد ألغينا الثمن لعدم الصحة ، وأوجبنا القيمة عوضا وإلا لزم أخذ ما عقد للمعاوضه بلا عوض ، أما المقبوض فى الهبة الفاسدة فهو مقبوض بغير عوض أصلا ، وقد قال القائل بالملك فيها ، والملك فى الموهوب بلا عوض ، أما لو نظرنا إلى كونه ملكا خبيثا ، كما قال المؤلف فى شرح الملتقى وقيل : يملكه بالقبض لكنه ملك خبيث ، وبه يفتى قهستانى عن المضمرات يكون موجبه التصدق بقيمته هالكا كما قيل به فى نظائره فليتأمل .

ويتفرع على القول بثبوت الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة ما فى البحر عن الأسعاف من أنه إذا وقف الأرض التى وهبت له هبة فاسدة صح وعليه قيمتها انتهى . وهذا يؤيد ماذكره الشيخ شاهين تبعا للإمامين الاستروشنى والعمادى . وفى أبى السعود عن القهستانى وكما لا يمنع الرجوع فى الهبة الفاسدة القرابة فكذا غيرها من الموانع انتهى . ويؤيد ذلك أيضا ما قدمناه عن الخيرية ونور العين فلا تنسه (قوله من تمام القبض) أى كون القبض تاما (قوله لا طارىء) بالهمز لأنه حدث بعد وجود القبض وتمام الهبة فلا يؤثر شيئا .

أقول : ومنه مالو وهب دارا فى مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة الهبة بقيت الهبة فى ثلثها ، وتبطل فى الثلثين كما صرح به فى الخانية (قوله كأن يرجع فى بعضها شائعا) فإنه لايفسدها اتفاقا ونظيره ما قالوا إن الردة لاتبطل التيمم لأن الإسلام شرط اوجود النية التى هى شرط لصحة التيمم ، فإذا صح التيمم بوجود شرطه ، وهو النية من المسلم ، ثم طرأ عليه الكفر بعد ذلك والعياذ بالله تعالى لم يبطل تيممه ، لأنه قد تم بوجود شرطه . وكذلك هنا الشائع لا تصح هبته لفقد شرطه ، وهو القبض الكامل ، فإذا وهب غير الشائع وتمت الهبة بقبضه الكامل ، ثم طرأ عليه الشيوع بعد استيفاء شرطه ، ولم يبق إلا مجرد الملك للموهوب فى الهبة والشيوع لا ينافى الملك كما أن الكفر لا ينافى رفع الحدث ، فكما أن التيمم لايبطل بالردة كذلك الهبة لاتبطل بطرو الشيوع بعد تمامها (قوله حتى لو وهب الخ) وهذا بخلاف ما إذا وهب دارا بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت فى الدار إذ بالاستحقاق ظهر أن يده فى المتاع كانت يد غصب وقد تقدم أن الهبة المشغولة بملك الغير تصح . بخلاف المشغولة بملك الواهب ، وإنما بطلت الهبة فى مسئلتنا وخالفت مسألة الدار والمتاع لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشىء واحد ، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة ، فتبطل الهبة

لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ماقبل الهبة فيكون مقارنا لها لاطارئا كما زعمه صدر الشريعة وإن تبعه ابن الكمال فتنبه .

(ولا تصح هبة لبن فى ضرع وصوف على غنم ونخل فى أرض وتمر فى نخل) لأنه كمشاع

فى الباقى كذا فى الكافى درر ويدل لهذا التعليل قول المؤلف الآتى كمشاع . قال فى الخانية : والزرع لا يشبه المتاع (قوله لا ستحقاق البعض الشائع) أى حكما كما علمت (قوله إذا ظهر بالبينة الخ) انظر ما لو ثبت الاستحقاق بإقرار الواهب ، والظاهر أنه لغو لأنه أقر بملك الغير ومالو أقر به الموهوب له ، والظاهر أنه يعامل بإقراره ، فيثبت الزرع لمستحقه وهل تبطل الهبة يحرر ط (قوله فيكون مقارنا لها لا طارئا) هذا الذى فى الظهيرية والذى فى دعوى النهاية والكرمانى جعله من الطارىء . قال القهستانى : فلعل فى المسألة روايتين ، وبه تعلم أن صدر الشريعة وابن الكمال لهما سلف فيما ذهبا إليه .

والحاصل : أن صدر الشريعة جعل المفسد هو الشيوع المقارن ، لأن الشيوع الطارىء كما إذا وهب ، ثم رجع بالبعض الشائع واستحق البعض الشائع .

ورد عليه صاحب الدرر والمصنف حيث قال فى الدرر : أقول : عدة صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح والصحيح ما ذكر فى الفصولين والكافى ، وعبارة الفصولين أن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة بالاتفاق وهو أن يرجع ببعض الهبة شائعا ، أما الاستحقاق فيفسد الكل لأنه مقارن لا طارىء كذا ذكره شيخ الإسلام أبو بكر فى المحيط اه (قوله كمشاع) قال فى شرح الدرر : هذه نظائر المشاع لا أمثلته فلا شيوع فى شىء منها لكنها فى حكم المشاع حتى إذا فصلت وسلمت صح .

قال الخير الرملى : أقول : لايذهب عنك أنه لايلزم أن يأخذ حكمه فى كل شىء ، وإلا لزم أن لاتجوز هبة النخل من صاحب الأرض وكذا عكسه ، والظاهر خلافه والفرق بينهما أنه ما من جزء من المشاع وإن دق إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح هبته ، ولو من الشريك لأن القبض الكامل لا يتصور ، وأما نحو النخل فى الأرض والتمر فى النخل والزرع فى الأرض لو كان كل واحد منها لشخص ، فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الأرض أو عكسه ، فإن الهبة تصح لأن ملك كل منهما متميز عن الآخر فيصح قبضه بتمامه ، ولم أر من صرح به ، لكن يؤخذ الحكم من كلامهم ، وقد صرحوا بأن المانع إنما يعتبر وقت القبض ، لا وقت العقد هذا ، وقد قدم عن الصيرفية لو وهب نصيبه من الدار لشريكه أو من شىء يحتمل القسمة فإنه يجوز إجماعا .

وفى فتاوى الزاهد العتابى : لو وهب النصف من شريكه من دار لم يجز وقيل : يجوز هو المختار وراجعت الصيرفية فرأيته قال وفى فتاوى زين : لو وهب النصف من شريكه الخ فإذا كان هذا فى المشاع فما بالك فى المتصل الممكن فصله ، ولا أدرى ما يمنع من ذلك ، ولكن النقل إذا وجد لا يسعنا معه إلا التسليم اه .

أقول : ومثال مشاع يقبل القسمة كنصف دار كبيرة وربع صبرة معينة ونحوهما مما سبق من الأمثلة ، وإنما أورد النظائر لا هتمام الإفادة وللتنبيه على أن الحكم فيها بالطريق الأولى كما هو حال التشبيه ظاهرا ، غايته التساوى ، فيكون من قبيل تشبيه أحد المتساويين فى الحكم بالآخر والأول هو الظاهر .

قال فى العمادية : إن هبة اللبن فى الضرع فى رواية لاتجوز ، وفى رواية : تجوز إذا سلطه على الحلب انتهى .

(ولو فصله)، وسلمه (جاز) لزوال المانع وهل يكفى فصل الموهوب له بإذن الواهب ظاهر الدرر . نعم (بخلاف دقيق فى بر ودهن فى سمسم وسمن فى لبن) حيث لا يصح أصلا لأنه معدوم فلا يملك إلا بعقد جديد

وفى التاترخانية : وهبة اللبن فى الضرع لا تجوز فى إحدى الروايتين من كتاب الهبة ، وإن سلط على الحلب هو الصحيح اهـ لعل صحة عدم الجواز لأن الحلب يقبل التفاوت فيؤدى إلى النزاع على أن القبض لم يوجد إذ اللبن فى الضرع عند الهبة ، وهو متصل بملك الواهب هذا .

وقال فى الكافى : ولو وهب زرعا فى أرض أو ثمرا فى شجر أو حلية فى سيف أو بناء فى دار أو قفيزا من صبرة ، وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والكيل ، وفعل صح استحسانا ، ويجعل كأنه وهبه بعد الحصاد والجذاذ ونحوهما اهـ لعل وجه الاستحسان : أن الحصاد ونحوه لا يقبل التفاوت فلا يؤدى إلى النزاع هذا ، فيكون كطعام فى جرابه إلا أنه لما كان اتصال كل منها بملك الواهب خلقة عد من قبيل المشاع فتأمل (قوله ولو فصله وسلمه جاز) إنما جاز فى اللبن وإن كان فى وجوده شك ، لأنه قد يكون ريحا أو دما لترجح جانب الوجود بالتصرف فيه ، فإنه بانفصاله تيقن وجوده ، بخلاف هبة الحمل فإنه لا يصح ، ولو سلمه بعد الولادة لعدم إمكان التصرف وقت الهبة (قوله ظاهر الدرر نعم) فإنه قال : وكذا يجوز هبة البناء دون العرصة إذا أذن له أى للموهوب له الواهب فى نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه أى دون الزرع ونخل فيها ثمر دونه : أى دون الثمر إذا أمره أى الواهب الموهوب له بالحصاد فى الزرع والجذاذ فى الثمر لزوال اشتغال الموهوب بملك الواهب انتهى بتصرف . وأفاد عزمى زاده أنه صحيح فى الأول دون الأخيرين ، فإنه لا يصح فيهما مطلقا لأنه متصل به اتصال خلقة ، فكان بمنزلة المشاع الذى يحتمل القسمة ، فلا تتم بدون الإفراز والحيازة . نعم الحكم صحيح فى عسكهما وهو هبة زرع ، بدون أرضه وهبة ثمر بدون شجره . فإنه يصح استحسانا إن أمره بالحصاد والجذاذ وفعله انتهى وعلى كل فما ذكره الشارح صحيح ، وبحث عزمى زاده فى التمثيل ط .

أقول : ويحتمل أن الشارح فهم من قول الدرر حتى إذا فصلت هذه الأشياء عن ملك الواهب ، وسلمت صح هبتها كما فى المشاع ما إذا فصلها الواهب ، أو الموهوب له بإذنه .

وقال الخير الرملى فى حاشيته على المنح قوله : ولو فصله وسلمه أى الواهب فلو فصله الموهوب له بغير إذن الواهب لا يملكه إلا بعقد جديد اهـ فقوله : بغير إذن الواهب إنه لو كان بإذنه كان كفصله بنفسه ، ويحتمل أنه أخذه الشارح من العبارة التى ذكرناها أولا عن الطحطاوى ، وكأن الشارح رأى أنه لا فرق بينهما وإن كانت العلة التى ذكرها فى الدرر لا تجرى هنا لأنه علل بأن المانع الاشتغال بملك الواهب ، فإذا أذن بالجذاذ والحصاد ، وفعل الموهوب له ذلك زال المانع فجازت الهبة ، وهنا يقال : المانع هو شبه الشيوع ، فإذا زال بإذن المالك زال المانع والله أعلم .

قال فى الخانية : ولو وهب زرعا بدون الأرض أو ثمرا بدون النخل ، وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز ، لأن قبضه بالاذن يصح فى المجلس وبعده اهـ ومثله فى الحامدية عن جامع الفتاوى ، وهو نظير ما فهمه الشارح أولا (قوله حيث لا يصح أصلا) أى سواء أفرزها وسلمها أولا درر (قوله لأنه معدوم) قال فى الدرر : لأنه فى حكم المعدوم وسره أن الحنطة استحالت ، وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف فى الغصب اهـ . وأما الوصية فتجوز بهذه الأشياء لأنها تجوز بالمعدوم كما ذكره العينى (قوله فلا يملك إلا بعقد جديد) لأنه بعد الاستحالة عين أخرى بخلاف المشاع ، لأنه محل

(وملك) بالقبول (بلا قبض جديد) لو الموهوب فى يد الموهوب له ولو بغصب أو أمانة لأنه حينئذ عامل لنفسه والأصل أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى لا عكسه

للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه ، فإذا زال المانع جاز درر ومنح (قوله وملك بالقبول) إنما اشترط القبول نصا لأنه إذا لم يوجد كذلك يقع الملك فى الهبة بغير رضاه لأنه لاحاجة إلى القبض، ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر ، بخلاف ما إذا وهب عبدا له لم يكن فى يده ، وأمره بقبضه فإنه يصح إذا قبض . ولا يشترط القبول لأن العبد ليس فى يده حال الهبة ، فكان الموهوب له محتاجا إلى إحداث قبض، حتى يملك الهبة فإذا أقدم على القبض كان ذلك إقداما على القبول ورضامنه بوقوع الملك له فيملكه (قوله بلا قبض) أى بأن يرجع إلى الموضع الذى فيه العين ، وينقضى وقت يتمكن فيه من قبضها قهستانى (قوله لو الموهوب فى يد الموهوب له) لأن القبض ثابت فيها ، وهو الشرط سواء كانت فى يده أمانة أو مضمونة لأن قبض الأمانة ينوب عن مثله . لا عن المضمون ، والمضمون ينوب عنهما والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر ، وإن اختلفا ناب الأقوى عن الأضعف ، دون العكس ، هذا إذا كان الموهوب مضمونا فى يده كالغصب والمرهون والمقبوض ، على سوم الشراء لا إشكال فيه ، لأن القبض فيه حقيقة وحكما ، فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة ، وكذا إذا كان فى يده عارية أو إجارة لأنه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه . وأما إذا كانت فى يده بطريق الوديعة . فمشكل لأن يده يد المالك لكن لما لم يكن عاملا للمالك بعد الهبة اعتبرت يده الحقيقية زيلعى .

واعلم أن فى قول الزيلعى ، فيبرأ عن الضمان إشارة إلى أن العين المرهونة تكون مضمونة فى يد الموهوب له بمثلها أو قيمتها احترازا عما إذا كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين ، فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة ، ومضى وقت يتمكن من قبضها لأن العين وإن كانت فى يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له ، فلم تكن الهبة براءة وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة ، فلم يكن بد من تجديد قبض آخر غاية عن شرح الأقطع (قوله لأنه حينئذ) أى حين إذ قبل عامل لنفسه أى بسبب وضع يده على ملكه (قوله والأصل أن القبضين إذا تجانسا) كأن كان عنده وديعة فأعاره له ، فإن كلا القبضين قبض أمانة ، فيصح من غير قبض مستأنف أو غصب شيئا فباعه المالك منه (قوله وإذا تغايرا) كأن غصبه منه وأخذه ثم وهبه منه (قوله ناب الأعلى عن الأدنى) أى ولا يحتاج إلى قبض فناب المغصوب عن قبض الهبة لأن فى الأعلى مثل مافى الأدنى وزيادة، وليس فى الأدنى ما فى الأقوى، وكذا لو كان مقبوضا فى يده بطريق البيع الفاسد ، لأنه قبض ضمان . أما المبيع فاسدا فإنه يملك بقبض الضمان كما لو كان فى يده مغصوبا قبل الشراء الفاسد ، ولا يقبض بقبض الأمانة لأن قبض الأمانة دون قبض الضمان فلا ينوب عنه (قوله لا عكسه) وهو أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان كما فى البيع والرهن فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان ، لأنهما قبض أمانة ومع قبض الشراء يتغايران ، لأنه قبض ضمان فلا ينوب الأول عنه كما فى المحيط ومثله فى شرح الطحاوى ، لكن ليس على إطلاقه ، فإنه إذا كان مضمونا بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب كما فى المستصفى ، ومثله فى الزاهدى ، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتمامه فى العمادى قهستانى .

قال الأقطع فى شرحه : والأصل فى ذلك أن العين الموهوبة إذا كانت فى يد الموهوب أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحسانا لا قياسا .

وهبة من له ولاية على الطفل (فى الجملة) وهو كل من يعوله فدخل الأخ والعم عندعدم الأب لو فى عيالهم (تتم بالعقد) لو الموهوب معلوما

وجه الاستحسان أن الهبة تقف صحتها على مجرد القبض ، فلا يلتفت إلى قبض بصفة ومجرد القبض موجود عقب العقد فصحت الهبة ، ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هى فى يده ، لأن البيع يقتضى مبيعا مضمونا وقبض المودع عقب العقد قبض أمانة ، فلا بد من تجديد القبض ، وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة ، وأما إذا كانت العين يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين : إن كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجـه السوم ، فإنه يملكه بالعقد ، ولا يحتاج إلى تجديد قبض ، وذلك لأن القبض الذى تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة ، وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه ؛ ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط ، فصارت الهبة براءة من الضمان ، فبقى قبض من غير ضمان فتصح الهبة ، وإن كانت العين مضمونة بغيرها كالبيع المضمون بالثمن ، وكالرهن المضمون بالدين ، فلا بد من قبض مستأنف بعد الهبة وهو أن يرجع إلى الموضع الذى فيه العين ، ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها ، وذلك لأن العين ، وإن كانت فى يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له ، فلم تكن الهبة براءة ، وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض اه (قوله وهبة الخ) هو من إضافة المصدر إلى فاعله أى أن يهب من له الولاية على الطفل للطفل يتم بالعقد ، ولا يفتقر إلى القبض لأنه هو الذى يقبض له فكان قبضه كقبضه ، وصار كمن وهب لآخر شيئا وكان الموهوب فى يد الموهوب له ، فإنه لا يحتاج إلى قبض جديد كما مر قبيل هـذه المسئلة (قوله فى الجملة) أى وإن لم يكن له تصرف فى ماله ، وقوله على الطفل أخرج به الولد الـكبير ، فإن الهبة لا تتم إلا بقبضه ، ولو كان فى عياله ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبده المحجور ، وإذا قبضه العبد ملكه المولى ، لأنه كسب عبده ط (قوله فدخل الأخ) الأولى : نحو الأخ لما سيأتى من أن الأم والملتقط ممن يعوله لو فى حجرهما (قوله عند عدم الأب) لأن تصرفهم كان للضرورة ، ولا ضرورة مع حضوره والمراد بعدم الأب : ما يعم الغيبة المنقطعة أفاده فى البحر . وأفاد المؤلف أن قبض غير الأب مشروط بشرطين : عدم الأب ، وكون الصغير فى عياله . والظاهر أن القول الصحيح الآتى فى أنه لا يشترط عدم الأب فى الهبة الصادرة من الأجنبى ، يأتى هنا والمراد بالأب من له ولاية التصرف فى ماله ط (قوله تتم بالعقد) أى بالإيجاب فقط كما يشير إليه الشارح ، فلو أرسل العبد فى حاجة أو كان آبقا فى دار الاسلام فوهبه من ابنه صحت ، ولو لم يرجع العبد حتى مات الأب لا يصير ميراثا عن الأب تاتارخانية لـكن يعكر على صحة الهبة فى الآبق ما قدمناه من أنها لو سقطت لؤلؤة فوهبها لرجل وسلطه على قبضها وطلبها فطلب وقبضها فالهبة باطلة لأن فى قيامها وقت الطلب خطرا .

ووجهه أن الآبق فى وجوده خطر اللهم إلا أن يحمل على ما إذا علم وجوده وقت الهبة أو لأن يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار عليه ، فيمنع ظهور يده تملكهم إن دخل فيها ، ولو وهبه بعد دخوله فيها لم يجز ذكره الشراح فى باب استيلاء الـكفار فتأمل وإذا وهب أحد لطفل ينبغى أن يشهد ، وهذا إذا أعلمه يشهد عليه والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والإعلام لازم لأنه بمنزلة القبض بزازية ويأتى قريبا (قوله لو الموهوب معلوما) إذ لا يصح تمليك المجهول كنحو وهبت شيئا من مالى ويأتى فى قوله وضعوا هدايا الختان بين يدى الصبى الخ وهل يشترط فيه أن يكون محوزا مقسوما كما هو الشرط فى الهبة ، أو يقال : إنما شرط ذلك لأجل تمام القبض

وكان فى يده أو يد مودعه لأن قبض الولى ينوب عنه ، والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب (وإن وهب له أجنبى تتم بقبض وليه) وهو أحد أربعة : الأب ، ثم وصيه ، وإن لم يكن فى حجرهم وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه (وأمه وأجنبى) ولو ملتقطاً (لو فى حجرهما) وإلا لا لفوات الولاية (وبقبضه لو مميزا) يعقل التحصيل (ولو مع وجود أبيه) مجتبى لأنه فى النافع المحض كالبالغ حتى لو وهب له أعمى لا نفع له ، وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله أشباه .

قلت : لكن فى البرجندى : اختلف فيما لو قبض من يعوله والأب حاضر ، فقيل : لا يجوز والصحيح هو الجواز اه وظاهر القهستانى ترجيحه وعزاه لفخر الإسلام وغيره على خلاف ما اعتمده المصنف فى شرحه وعزاه

وهذا مقبوض لولى القبض فلا يفتقر إلى ذلك الظاهر نعم لأن من أودع إنسانا داره الكبيرة وسلمه إياها ثم وهبه نصفها فإنها لا تصح الهبة مع أنها مقبوضة بيده ، وإن كان قبضا غير كامل .

قال محمد رحمه الله تعالى : كل شىء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه ، وذلك الشىء معلوم فى نفسه فهو جائز والقصد أن يعلم ما وهبه له والإشهاد ليس بشرط لازم ، فإن الهبة تتم بالإعلام تاترخانية (قوله وكان فى يده أو يد مودعه) وكذا فى يد مستعيره لا مستأجره وغاصبه أو مرتهنه أو المشترى منه بشراء فاسد بزازية قال الطحطاوى واحترز بما ذكر أى كونه فى يده أو يد مودعه عما إذا كانت فى يد الغاصب من الولى ، أو المرتهن أو المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه ، لأن قبضهم لأنفسهم اه واستظهر السائحانى أنه إذا انقضت الإجارة أو ارتد الغصب تتم الهبة كما تتم فى نظائره (قوله والأصل أن كل عقد الخ) منه بيع الأب ماله لابنه الصغير اه ذخيرة وتاترخانية والأولى أن يقول : ويكفى الإيجاب وحده والأصل الخ (قوله وهو أحد أربعة) قال الشارح فى كتاب المأذون ، عند قول المصنف : وإن أذن للصبى الذى يعقل البيع والشراء وليه الخ المراد بالولى ولى له التصرف فى المال وهو أبوه ثم وصى الأب ثم جده أبو أبيه ثم وصى جده ، ثم الولى ثم القاضى ووصى القاضى اه سرى الدين وتقدم أن الذى يتصرف فى ماله تسعة الأب والجد والقاضى ووصيهم ووصى وصيهم ، ومقتضاه أن قبض هؤلاء جميعا ينوب عن قبضه ، ثم رأيت صاحب الهندية نقله عن غاية البيان ط ومر قبيل الوكالة فى الخصومة (قوله وعند عدمهم) ولو بالغيبة المنقطعة (قوله تتم بقبض من يعوله) لأن له ولاية التصرف النافع لثبوت يدهم عليه ، حتى لا يكون لغيرهم نزعه من أيديهم ، فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال من ضرورات حفظه لصرفه فى قوته وملبوسه ط (قوله ولو ملتقطا) لأن له ولاية التصرف النافع أيضا (قوله لو فى حجرهما) بالفتح والكسر والجمع حجور صحاح وحجر الإنسان حضنه ، وهو مادون إبطه إلى الكشح ، ومعنى كونه فى حجره : أنه فى كنفه ومنعته اه أبو السعودى الحموى وفى الكشف الحجر الكنف والتربية ط (قوله وإلا لا) أى إن لم يكن فى الحجر لا تتم بقبضه ، وإن كان ذا رحم محرم منه (قوله يعقل التحصيل) أى تحصيل المال وهو بيان لتمييزه (قوله لأنه فى النافع المحض) أى لأنه جعل فى التصرف النافع الذى لا يحتمل ضرراً كالبالغ فينفذ نظراً له وجاز تصرف الولى له فى هذه الحالة نظراً له أيضا حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين (قوله حتى لو وهب له أعمى) تفريع على التقييد بقوله النافع .

أقول : وكذا لو وهب له ترابا فى داره لا يصح ، وقيل إن كان يشترى ذلك منه بشىء ، فإنه يصح قبوله ولا يرد وإن كان لا يشترى ويلزمه مؤنة النقل ونفقة العبد ، فإنه يرد كما فى جامع الصغار للاستروشنى (قوله لكن فى البرجندى) استدراك على قوله وعند عدمهم ح (قوله وظاهر القهستانى الخ) حيث قال كما جاز قبض هبة

للخلاصة لـكن متنه يحتمله بوصل ولو

الأجنبي لطفل ممن يربيه من الجد أو الأخ أو العم أو الأم أو وصيه ، أو أجنبي وهو فى عياله وإن لم يكن عاقلا وكان أبوه حاضرا فى هذه الصور على ما قالوا منهم فخر الإسلام وقال بعضهم لم يجز قبض غير الزوج حال حضرة الأب والأول المختار كما فى المضمرات اه ونقل صاحب الهندية عن الخانية أنه الصحيح ، وأنه به يفتى عن الفتاوى الصغرى اه والوصى كالأب والأم كذلك لو الصبى فى عيالها إن وهبت له أو وهب له تملك الأم القبض ، وهذا إذا لم يكن للصبى أب ولا جد ، ولا وصيهما وذكر الصدر أن عدم الأب لقبض الأم ليس بشرط ، وذكر فى الرجل إذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة لها ، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف ، وبعد البلوغ .

وفى التجريد : قبض الزوج يجوز إذا لم يكن الأب حيا فلو أن الأب ووصيه والجد ووصيه غاب غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتولاه ، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير فى عياله أولا ، وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبيا وإن لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبى فى حجره ؛ ولم يجز قبض من لم يكن فى عياله بزازية .

قال فى البحر : والمراد بالوجود الحضور اه وفى غاية البيان : ولا تملك الأم ، وكل من يعول الصغير مع حضور الأب. وقال بعض مشايخنا : يجوز إذا كان فى عيالهم كالزوج ، وعنه احترز فى المتن بقوله فى الصحيح اه ويملك الزوج القبض لها مع حضور الأب بخلاف الأم ، وكل من يعولها غير الزوج ، فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتمويض الأب ومع حضور الأب لاضرورة جوهرة ، وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة للصغير ، فتنتقل الولاية إلى من يتلوه كما فى الإنكاح ، ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم ، ولو فى عيال القابض أو رحما محرما منه كالأخ والعم والأم بدائع ملخصا . ولو قبض له من هو فى عياله مع حضور الأب قيل : لا يجوز ، وقيل : يجوز وبه يفتى مشتمل الأحكام والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر خانية والفتوى على أنه يجوز استروشنى .

فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعواه مع عدم غيبة الأب وبه جزم صاحب البدائع وقاضيخان ، وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه وهو تصحيح جواز قبض من يعول الصغير ولو مع حضرة الأب وكن على ذكر مما قاله العلامة قاسم ، من أنه لا يعدل عن تصحيح قاضيخان لأنه أجل من يعتمد على تصحيحه فإنه فقيه النفس ، ولا سيما وفيه هنا نفع للصغير ، ويشهد له صحة قبول الصغير بنفسه إذا كان مميزا ، ولو كان الأب حاضرا وأيضا قد وجدت دلالة تفويض الأب أمور الصبى إلى من يعوله كما يأتى فى الزوجة الصغيرة بعد الزفاف فليكن العمل على هذا القول ، ولا سيما وقد صحح بلفظ الفتوى ، وهو آكد ألفاظ التصحيح ، وظاهر كلام الشارح اختياره ، حيث نقل تصحيحه عن البرجندى مستدركا على ظاهر عبارة المصنف فتأمل عند الفتوى . وإنما أكثرت من النقول لأنه واقعة الفتوى . وبعض هذه النقول نقلتها من خط منلا على التركمانى واعتمدت فى عزوها عليه ، فإنه ثقة ثبت رحمه الله تعالى كذا بخط سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله لـكن متنه يحتمله) أى الجواز أى كون الأم والأجنبى لهم القبض مع وجود الأب يفيد المدعى الذى هو القبض مع خصوص الحضور ، لأن الحضور فرد من أفراد الوجود (قوله بوصل ولو) أى بسبب

بأمه والأجنبي أيضا فتأمل (وصح رده لها كقبوله) سراجية. وفيها: حسنات الصبي له ولأبويه أجر التعليم ونحوه. ويباح لوالديه أن يأكلا من مأكول وهب له وقيل لا انتهى فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا لحاجة.

وصل قول المصنف ولو مع وجود أبيه (قوله بأمه والأجنبي) الجار متعلق بوصل يعني يحتمله إذا وصل قول المتن ولو مع وجود أبيه بقوله: وأمه وأجنبي اهـ أي وبقبضه، ولو مع وجود أبيه، لكنه خلاف ظاهر المتن وخلاف ما أوضحه المصنف في شرحه بأن وصله إنما هو بقبضه فقط منقطع عن قوله وأمه وأجنبي (قوله أيضا) أي كما وصل بقوله ولو مميزا (قوله وصح رده) أي رد الصبي وانظر حكم رد الولي، والظاهر أنه لا يصح حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه صح، وهل يكره ذلك لأنه لا مصلحة فيه؟ الظاهر نعم ط. (قوله لها) أي للهبة (قوله كقبوله) أقول: وكذا قبول العبد المحجور صحيح كما في رمز المقدسي حيث قال فيه: وهب لعبد محجور ونحوه فالقبول والقبض له لأن ذلك نافع للمولى والعبد مالك لمثله كالاحتطاب والملك للمولى وكذا المكاتب، لكنه لا يملكه المولى اهـ.

قلت: ولم يذكر الرد والظاهر أن له الرد، وأطلق صحة القبول منه فشمل ما إذا كان الأب حيا أو ميتا كما في الخلاصة.

وفي المبسوط: وهب للصغير شيئا ليس له أن يرجع فيه وليس للأب التفويض اهـ. وفي الخانية: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته اهـ وهو مخالف لما تقدم عن المبسوط، ويأتي في كلام الشارح عن الخانية، وكذا في باب الرجوع في الهبة مع التكلم على ذلك، وقيد بالهبة لأن المديون لو دفع ما عليه للصبي، ومستأجره لو دفع الأجرة إليه لا يصح، وأفاد أنه لا تصح الهبة للصغير الذي لا يعقل ولا تتم بقبضه. وأشار بإطلاقه إلى أن الموهوب له لو كان مديونا للصغير تصح الهبة ويسقط الدين كما في الخانية (قوله حسنات الصبي له) أي فيثاب عليها وترفع درجاته إذ لا ذنوب عليه حتى تكفر بها وهذا هو المعتمد وقيل لوالديه، وعليه فهل يتساويان أو للأم الثلثان منه قيل وقيل (قوله ولأبويه) عبر بعضهم بوليه، وهو أعم. قال الأستروشني في جامع أحكام الصغار: حسنات الصبي قبل أن يجرى عليه قلم له لقوله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ما سعى - وهذا قول عامة المشايخ وقال بعضهم: ينتفع المرء بعلم ولده بعد مدته، لما روى عن أنس بن مالك أنه قال: من جملة ما ينتفع به المرء بعد موته أن يترك ولدا علمه القرآن أو العلم، فيكون لوالده أجر ذلك من غير أن ينقص من أجر الولد شيء اهـ. ومثله في كتاب الكراهية للعلامي، ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له» اهـ (قوله أجر التعليم) أي إن علماه بزازية (قوله ونحوه) كالإرشاد والتسبب للوجود والبقاء كذا في المنح (قوله ويباح لوالديه) التقييد بهما يخرج غيرهما (قوله من مأكول وهب له) لأن الإهداء إليهما وذكر الصبي لاستصغار الهدية هندية: قال في التاترخانية: روى عن محمد نصا أنه يباح. وفي الذخيرة: وأكثر مشايخ بخارى على أنه لا يباح. وفي فتاوى سمرقند: إذا أهدى الفواكه للصغير يحل للأبوين الأكل منها إذا أريد بذلك الأبوان، لكن أهدى للصغير استصغارا للهدية اهـ.

قلت: وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره بل غيره أظهر فتأمل (قوله وقيل لا) قاله أكثر أئمة بخارى (قوله فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه المصنف في منحه (قوله إلا لحاجة) كفقر الوالدين وذلك على وجهين، أما إن كان في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء، وإن كان في المفازة

وضعوا هدايا الختان بين يدى الصبي فما يصلح له كثياب الصبيان فالهدية له وإلا فإن المهدى من أقرباء الأب أو معارفه فللأب أو من معارف الأم فللأم قال هذا للصبي أولا ولو قال أهديت للأب أو للأم فالقول له وكذا زفاف البنت خلاصة. وفيها اتخذ لولده أو لتلميذه ثيابا ثم أراد دفعها لغيره

واحتاج إليه لانعدام الطعام معه أكل بالقيمة كما فى التاترخانية وذكره الحموى عن الخانية (قوله فما يصلح له) كثياب الصبيان وكشيء يستعمله الصبيان مثل الصولجان والكرة فالهدية له لأن هذا تمليك للصبي عادة هندية (قوله فالهدية له) الأولى أن يقول فهو له (قوله وإلا) بأن كانت الهدية لاتصلح للصبي عادة كالدراهم والدنانير هندية ، وكالحيوان ومتاع البيت ينظر إلى المهدى الخ منح ؟ .

[تنبيه] فى الفتاوى الخيرية : سئل فيما اعتاده الناس فى الأفراح والأعراس والرجوع من الحج من إعطاء الثياب والدراهم ، وينتظرون بدله عندما يقع لهم مثل ذلك ما حكمه؟ .

أجاب : إن كان العرف شائعا فيما بينهم أنهم يعطون ذلك ليأخذوا بدله كان حكمه حكم القرض فاسده كفاسده وصحيحه كصحيحه ، إذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فيطالب به ويحبس عليه ، وإن كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ، ولا ينظرون فى ذلك إلى إعطاء البدل فحكمه حكم الهبة فى سائر أحكامه ، فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك والأصل فيه أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اهـ .

قلت : والعرف فى بلادنا مشترك نعم فى بعض القرى يعدونه كالقرض حتى إنهم فى كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم جميع ما يهدى فإذا فعل المهدى وليمة يراجع المهدى إليه دفتر الخطيب فيهدى الأول للثانى مثل ما أهدى إليه (قوله أو من معارف الأم) الأولى زيادة أقاربها كما فى الأب وبه صرح فى البزازية (قوله فللأم) لأن التمليك هنا من الأم عرفا وهناك من الأب ، فكان التعويل على العرف ، حتى لو وجد سبب أو وجه يستدل به على غير ما قلنا يعتمد على ذلك هندية ، فلو كان من معارف كل منهما أو أقاربه ، هل يقسم بينهما يراجع (قوله قال هذا للصبي أولا) أى لا عبرة بهذا العقول لأنهم اعتادوا إرادة بر الوالدين والتستر بمثل هذه العبارة تعظيما لقدر الأبوين ، وهذا إذا لم يمكن استطلاع الحقيقة ، أما لو أمكن الاستخبار من المعطى فالعبرة لما يبينه كما قال الشارح ، ولو قال : أهديت الخ . قال فى الهندية عن الظهيرية : وهذا كله إذا لم يقل المهدى شيئا وتعذر الرجوع إلى قوله ، أما إذا قال : أهديت إلى الأب أو الأم أو الزوج أو المرأة ، فالقول للمهدى اهـ .

أقول : ولا ينافى هذا قوله هذا للصبي أولا لما سمعته من أنه لاعبرة بهذا القول لأنهم اعتادوا بر الوالدين والتستر الخ . أما هنا فأراد إظهار حقيقة الحال فيعتبر قوله لأنه هو المملك وهو أدرى لمن وهب فافهم (قوله وكذا زفاف البنت) أى وكذلك إن اتخذ وليمة لزفاف ابنته ، فأهدى الناس هدايا فهو على ما ذكرنا من التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة أو قال المهدى : أهديت للزوج أو المرأة كما فى التاترخانية والزفاف بكسر الزاى مصدر زففت المرأة أزفها زفا وزفافا اهـ نوح أفندى ، والمراد بالزفاف بعثها إلى بيته قهستانى (قوله اتخذ لولده) أى الصغير ، وأما الكبير فلا بد من التسليم كما قدمنا ومثله فى جامع الفتاوى ، وأما التلميذ فلو كبيرا فكذلك ، ويملك الرجوع عن الهبة له لو أجنبيا مع الكراهة ، ويمكن حمل قوله ليس له ذلك عليه ونظير ذلك ما يأتى لو سيب دابته وقال : هى لمن أخذها ليس له الرجوع (قوله أو لتلميذه) مسألة التلميذ مفروضة بعد ما دفع الثياب إليه .

ليس له ذلك مالم يبين وقت الاتخاذ أنها عارية . وفى المبتغى ثياب البدن يملكها بلبسها بخلاف نحو ملحفة ووسادة
وفى الخانية لابأس بتفضيل بعض الأولاد فى المحبة لأنها عمل القلب وكذا فى العطايا

قال فى الخانية : اتخذ شيئا لتلميذه فأبق التلميذ بعد ما دفع إليه إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكنه الدفع إلى غيره فافهم (قوله ليس له ذلك) أى بعد مادفع الثياب إليه ، قال فى الهندية اشترى ثوبا فقطعه لولده الصغير صار واهبا له بالقطع مسلما إليه قبل الخياطة ، ولو كان كبيرا لم يصر مسلما إليه إلا بعد الخياطة والتسليم اه قنية . وهذا يفيد تفصيلا بين الولد الصغير والكبير فالاتخاذ يكفى فى الصغير بدون تسليم ، لا فى الكبير ، فيحمل كلامه على الصغير . وفى البزازية : اتخذ لولده الصغير ثيابا يملكها ، وكذا الكبير بالتسليم ، وينظر الوجه فى التلميذ ، فإن ذلك فى حقه هبة ، وهى لا تتم إلا بالقبض ولم يحصل بمجرد الاتخاذ إلا أن يحمل الاتخاذ فى حقه على التسليم ، فإنه إذا سلمه ثم هرب التلميذ فليس له أن يعطيها لغيره . وعبارة البزازية : وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فأبق التلميذ ، فأراد أن يدفعها لغيره ، وإن أراد الاحتياط يبين وقت الاتخاذ أنها عارية ليمكنه الدفع إلى غيره ، فقوله إنها عارية يفيد التسليم لأن العارية لا تتحقق إلا بالتسليم ط (قوله مالم يبين الخ) قال فى البحر : وإن أراد الاحتياط يبين أنها عارية حتى يمكنه أن يدفع إلى غيره اه .

وفى الحاوى الزاهدى برمز بم دفع لولده الصغير قرضا فأكل نصفه ثم أخذه منه ودفعه لآخر يضمن إذا كان دفعه لولده على وجه التمليك ، وإذا دفعه على وجه الإباحة لا يضمن قال عرف به أن مجرد الدفع من الأب إلى الصغير لايكون تمليكا وأنه حسن اه تأمل (قوله وفى المبتغى الخ) عبارته كما فى البحر من صنع لولده ثيابا قبل أن يولد ليوضع عليها نحو الملحفة والوسادة ، ثم ولدته امرأته ووضع عليها ثم مات الولد لاتكون الثياب ميراثا مالم يقر أن الثياب ملك الولد ، بخلاف ثياب البدن فإنه يملكها إذا لبسها كمن قال إن فلانا كان لابسا فهو إقرار له ، بخلاف ما إذا كان قاعدا على هذا البساط ، أو نائما عليه لايكون مقرا له بذلك اه .

وفى الهندية : قال أبو القاسم ولو جهزت المرأة لولدها الذى فى بطنها ثيابا ، فولدت فإن وضع الولد على الثياب فالثياب ميراث . قال الفقيه : وعندى أن الثياب لها مالم تقر المرأة أنها جعلته ملكا للغير ، ألا ترى أنه لو كان الصبى مقدار عشر سنين أو نحو ذلك فبسطت له كل ليلة فراشا وبسطت عليه ملحفة أو لحافا لم يصر للولد مالم تقل هذا لك كذلك هنا ، وليس هذا بمنزلة ثياب البدن اه أى فإنها تصير ميراثا عنه إذا لبسها للعرف بالتمليك منه . ويفرق بينها وبين مسألة الاتخاذ بأن هذه فيمن سيولد ، ومسألة الاتخاذ فيمن ولد ط (قوله يملكها بلبسها) هذا إذا كانت مهيأة عند الأب ودفعها لولده ، أما لو قطعها لتخاط له فإن الولد يملكها بمجرد القطع ، لكن يشكل على ذلك ماقدمناه عن الحاوى الزاهدى (قوله بخلاف نحو ملحفة ووسادة) لأن العرف أن الثياب تملك للولد بخلاف أثاث المنزل فإنه باق على ملك الأب أو الأم وإن انتفع به الأولاد .

أقول : والعرف فى ديارنا أن أهل الأم يهيئون للولد السرير وفرشه ولبس الولد فإذا ولد ألبسوه الثياب ووضعوه فى السرير المفروش ، وهذا لاشك فى كونه للولد كما عليه العادة فى بكرها فيورث ذلك عنه إذا مات (قوله لأنها عمل القلب) وذلك غير مقدور له يدل عليه حديث القسم «اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » والمراد بما لايملك المحبة (قوله وكذا فى العطايا) ويكره ذلك عند تساويهم فى الدرجة كما فى المنح والهندية . أما عند عدم التساوى كما إذا كان أحدهم مشتغلا بالعلم لا بالكسب لابأس أن يفضله على غيره كما فى الملتقط أى ولا يكره .

إذا لم يقصد به الإضرار وإن قصده يسوى بينهم يعطى البنت كالابن عند الثانى وعليه الفتوى ولو وهب فى صحته كل المال للولد جاز وأثم. وفيها لايجوز أن يهب شيئا من مال طفله ولو بعوض لأنها تبرع ابتداء . وفيها ويبيع القاضى ماوهب للصغير حتى لايرجع الواهب فى هبته (ولو قبض زوج الصغيرة) أما البالغة فالقبض لها

وفى المنح : روى عن الإمام أنه لابأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له فى الدين .

وفى خزانة المفتين : إن كان فى ولده فاسق لاينبغى أن يعطيه أكثر من قوته كيلا يصير معينا له فى المعصية اه .

وفى الخلاصة : ولو كان ولده فاسقا فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه اه أى للولد وعلله فى البزازية بالعلة المذكورة (قوله إذا لم يقصد به الإضرار) أى فلا بأس بالتفضيل ، ومع قصده لابأس بالمساواة ولا تجوز الزيادة رملى (قوله وإن قصده) مصدر قصد وعبارة المنح وإن قصد به الإضرار وهكذا رأيته فى الخانية (قوله وعليه الفتوى) أى على قول أبى يوسف من أن التنصيف بين الذكر والأنثى أفضل من التثليث الذى هو قول محمد رملى .

قال فى البزازية : الأفضل فى هبة البنت والابن التثليث كالميراث ، وعند الثانى التنصيف ، وهو المختار ، ولو وهب جميع ماله من ابنه جاز قضاء وهو آثم نص عليه محمد اه فأنت ترى نص البزازية خاليا عن قصد الإضرار .

وقال فى الخانية : ولو وهب رجل شيئا لأولاده فى الصحة ، وأراد تفضيل البعض على البعض فى ذلك لارواية لهذا فى الأصل عن أصحابنا ، وروى عن الإمام أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لابأس به إذا كان التفضيل له لزيادة فضل فى الدين ، وإن كانا سواء يكره . وروى المعلى عن أبى يوسف أنه لابأس به إذا لم يقصد به الإضرار ، وإن قصد به الإضرار سوّى بينهم يعطى الإبنة مثل مايعطى الابن ، وقال محمد رحمه الله : يعطى للذكر ضعف مايعطى للأنثى والفتوى على قول أبى يوسف (قوله كل المال للولد) أى وقصد حرمان بقية الورثة كما يتفق ذلك فيمن ترك بنتا وخاف مشاركة العاصب (قوله جاز) أى صح لاينقض . وفى بعض المذاهب يردّ عليه قصده ويجعل متروكه ميراثا لكل الورثة ط (قوله ولو بعوض) أى ولو كانت الهبة بعوض جاء للصبى قبل أو يحصل بعد وظاهره ولو العوض أكثر ، وأجازها محمد بعوض مساو كما يذكر آخر الباب الآتى (قوله ويبيع القاضى الخ) لأنه من المصلحة للصبى ، وهذا مخالف لما فى المبسوط. ونصه: وهب للصغير شيئا ليس له أن يرجع فيه وليس للأب التعويض اه .

وفى المنية : وهب للصغير فعوض الأب من مال الابن لايجوز. وإذا لم يجز لم يجز للواهب أن يرجع ، وفيها عن السراجية : وهب للصغير لايملك الرجوع وقيل : هذا إذا نوى الصدقة اه .

أقول : لكن فى البزازية وهب للصغير فعوض أبوه من ماله لايجوز ، وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض اه. وقوله: من ماله : أى مال الصغير ، فلو من مال الأب صح لما سيأتى فى الباب الآتى من صحة التعويض من الأجنبى ، وعليه فيتعين حمل عدم الرجوع فيما إذا عوض الأب أو الأجنبى من مالها أو كان نوى الواهب عند الإعطاء الصدقة فتأمل .

قال ط : وانظر ماحكمه، وإن نظرنا إلى ماعللنا به كان واجبا إن تيقن الرجوع وكان الأب ونحوه فى حكم القاضى ويحرر (قوله ولو قبض زوج الصغيرة) سواء كانت ممن يجامع مثلها أولا فى الصحيح بحر (قوله فالقبض لها)

(بعد الزفاف ماوهب لها صح) قبضه ولو بحضرة الأب فى الصحيح لنيابته عنه فصح قبض الأب كقبضها مميزة (وقبله) أى الزفاف (لا) يصح لعدم الولاية .

(وهب اثنان دارا لواحد صح) لعدم الشيوع (وبقلبه) لكبيرين (لا) عنده للشيوع فيما يحتمل القسمة، أما مالا يحتملها كالبيت فيصح اتفاقا ، قيدنا بكبيرين لأنه لو وهب لكبير

لا لزوجها ولا لأبيها بحر (قوله ماوهب لها) احترز به عن ديون لها فلا يملك قبضها مطلقا بحر (قوله لنيابته عنه) لأنه فوّض أمورها إليه دلالة . قال الشمنى : لأنه حينئذ له عليها ولاية لكونه يعولها .

وفى الذخيرة : شرط بعض أصحابنا أن تكون يجامع مثلها . والصحيح أنه إذا كان يعولها يصح قبضه لها ، سواء كان يجامع مثلها أو لا لأنها لما زفت إليه أقام الأب الزوج مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من باب الحفظ اه (قوله فصح قبض الأب كقبضها مميزة) تفريع على العلة لأن النائب إذا كان يملك قبض ذلك فالأصيل أولى وقيد به لأن الأم وكل من يعولها لايملكون القبض إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الأب ، ولا ضرورة مع الحضور منح ، وقدم المؤلف أن الصحيح جواز قبض من يعول الصغير ، ولو مع وجود الأب ط لكن قدمنا عن الهداية والجوهرة : تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب ، وبه جزم فى البدائع وأن قاضيخان وغيره صححوا الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر وأن الفتوى عليه لاسيما وفيه نفع للصغير .

والحاصل : أنه اختلف التصحيح فى هذه المسألة كما سمعت ، لكن لايعدل عن تصحيح قاضيخان كما قرروا لأنه فقيه النفس (قوله لعدم الولاية) أى الاستيلاء عليها بالفعل لأن ولايته عليها إنما تكون بالدخول لأن به تصير هى وما فى يدها فى تصرفه عادة وإن لم يكن له عليها ولاية شرعية فإنه لايتصرف فى مالها ، وإنما يقبض هبتها بعد الدخول نيابة عن الأب ، وقول الزيلعى : لأنه يعولها أى يدخلها فى عياله بالفعل ، وتكون تحت تصرفه هو معنى مايفهم من قول الشارح هنا لعدم الولاية أى قبل الزفاف فأفهم أن اه الولاية بعده .

قال فى الهندية : ولو كانت الصغيرة فى عيال الجد أو الأخ أو الأم أو العم فوهب لها هبة فقبض الزوج جاز كذا فى التاترخانية ، فإن أدركت لم يجز قبض الأب ولا الزوج عليها إلا بإذنها كذا فى الجوهرة .

صغيرة فى عيال أجنبى عالها برضا أبيها والأب غائب فقبض الأجنبى لها صحيح دون قبض الأخ كذا فى السراجية ، ولو كان الصغير فى عيال الجد أو الأخ أو الأم أو العم فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير فى عياله والأب حاضر . اختلف المشايخ فيه ، والصحيح الجواز هكذا فى فتاوى قاضيخان ، وبه يفتى هكذا فى الفتاوى الصغرى اه (قوله وهب اثنان دارا) والمراد بها مايقسم (قوله لعدم الشيوع) لأنهما سلماه جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع بحر ، وفيه إشعار بأن هبة الاثنين للاثنين لاتجوز كما يأتى (قوله وبقلبه) وهو هبة واحد من اثنين (قوله لكبيرين) أى غير فقيرين وإلا كانت صدقة فتصح كما يأتى (قوله لاعنده للشيوع) هذا إذا لم يبين نصيب كل واحد منهما . أما إذا بين بأن قال لهذا ثلثاها ولهذا ثلثاها، أو لهذا نصفها ولهذا نصفها لايجوز عندهما وإن قبضه . وقال محمد : يجوز إن قبضه بحر نظرا إلى أنه عقد واحد فلا شيوع كما إذا رهن من رجلين اه داماد ، وقوله للشيوع أى لأنه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنه لو قبل أحدهما فيما يقسم صحت فى حصته ، دون الآخر فعلم أنهما عقدان (قوله كالبيت) أى الصغير الذى لايمكن أن يصير بيتين (قوله قيدنا بكبيرين) الأولى عدم ذكر هذا القيد ، لأنه لافرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير

وصغير فى عيال الكبير أو لابنيه صغير وكبير لم يجز اتفاقا وقيدنا بالهبة

والصغير عند أبى حنيفة ، وقد تبع الشارح والمصنف البحر فى عبارته ، وظاهرها أنهما لو كانا صغيرين فى عياله جاز عندهما وفى البزازية مايدل عليه ، ولكن هذا كله على قولهما لا على قوله كما صرح به فى الخانية فراجعه إن شئت وأصل الوهم أن صاحب المنتقى ذكر الحكم فى مسألة الاثنين الصغير والكبير ، غير مضاف إلى أحد فتوهم أنه قول الكل ، ولو كان كذلك لبطل إطلاق المتون فى قوله لاعكسه تأمل اه .

أقول : نص عبارة الخانية هكذا ولو وهب دارا لابنين له أحدهما صغير فى عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل ، بخلاف مالو وهب من كبيرين وسلم إليهما جملة ، فإن الهبة جائزة عند أبى يوسف ومحمد ، لأن فى الكبيرين لم يوجد الشيوع لا وقت العقد ، ولا وقت القبض . وأما إذا كان أحدهما صغيرا فكما وهب يصير الأب قابضا حصة الصغير ، فيتمكن الشيوع وقت القبض اه وأنت خبير بأن إظهار الفرق بين المسألتين مبنى على قول الصاحبين القائلين بجوازها للكبيرين مع موافقتهما الإمام . بعدم جوازها لكبير وصغير ، بدليل قوله : كانت الهبة فاسدة عند الكل ، فليست مسألة الكبير والصغير مبنية على قولهما فقط فما فهمه صاحب البحر من عبارة صاحب المنتقى . أنها قول الكل صحيح لاوهم فيه ، وعبارة المتون لاتنافيه كما لايخفى على نبيه . نعم إذا قلنا إذا كان الولدان صغيرين تجوز الهبة يكون مخالفا لإطلاق المتون عدم جواز هبة واحد من اثنين ، ولكن إذا تأمل الفقيه فى علة عدم الجواز على قول الإمام : وهى تحقق الشيوع يجزم بتقييد كلام المتون بغير ما إذا كانا صغيرين لأن الأب إذا وهب منهما تحقق القبض منه لهما بمجرد العقد بخلاف ما إذا كان أحدهما كبيرا فإن قبض الكبير يتأخر عن العقد فيتحقق الشيوع عند قبضه كما مر عن الخانية . وعبارة البزازية أوضح فى إفادة المراد حيث قال : لأن هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة لقيام قبض الأب مقام قبضه ، وهبة الكبير محتاجة إلى قبول فسبقت هبة الصغير ، فتمكن الشيوع والحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما اه أى فإذا سلمها إلى الكبير أو لا ثم وهبها منهما تحقق القبضان معا وقت العقد ، فلم يتمكن الشيوع ، ومقتضاه أنه لو سلمها للكبيرين ثم وهبها منهما تصح فليراجع . فظهر أن الأولى عدم هذا القيد لأنه لايفيد إلا الإشارة إلى خلافهما فكان الأولى أن لايذكره لأنه لافرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير . ويقول أطلق الاثنين ، فأفاد أنه لافرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرا والآخر صغيرا ، وفى الأولين خلافهما تأمل .

قال فى الهندية : وكل مايتخلص به من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن اه (قوله وصغير فى عيال الكبير) صوابه فى عيال الواهب كما يدل عليه كلام البحر وغيره . والذى فى البحر والمنح والصغير فى عياله وعللاها تبعا للمحيط بأنه حين وهب صار قابضا حصة الصغير ، فبقى النصف الآخر شائعا اه وهذا يدل على أن الضمير فى عياله يرجع إلى الواهب ، خلافا لما تفيده عبارة المؤلف ، وهذه العلة تقال فى المسألة المذكورة بعد (قوله لم يجز اتفاقا) لتفرق القبض لأن الصغير تم هبته بقول أبيه : وهبته وينوب قبضه عن قبض الصغير ، فبقى نصيب الكبير شائعا فلا يصح وإذا لم تصح الهبة للكبير لم تصح للصغير أيضا لأنها لو صحت لكانت هبة مشاع ، وبهذا تبين أن هبة الأب لابنه يشترط فيها الإفراز ، وإلا لصحت الهبة للصغير ، وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما ، وحيث اتحد وليهما فلا شيوع فى قبضه ، ويؤيده قول الخانية : دارى هذه لولدى الأصاغر يكون باطلا لأنها هبة فإذا لم يبين الأولاد كان باطلا اه فأفاد أنه لو بين

لجواز الرهن والإجارة من اثنين اتفاقا (وإذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لأن الهبة للفقير صدقة والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع (لالغنيين) لأن الصدقة على الغنى

صح ولا يرد على مامر قوله ، عن الخزانة ، ولو تصدق بداره على ولدين له صغيرين لم يجز ، لأنه مخالف لما فى المتون والشروح من قولهم إن الهبة لمن له عليه ولاية تتم بالعقد سائحانى بزيادة ،

وفى التاترخانية عن التتمة سئل عمر النسفى : عمن أمر أولاده أن يقتسموا أرضه التى فى ناحية كذا بينهم ، وأراد به التمليك فاقتسموها ، وتراضوا على ذلك ، هل يثبت لهم الملك ، أم يحتاج إلى أن يقول لهم الأب : ملكتكم هذه الأراضى أو يقول لكل واحد منهم : ملكتك هذا النصيب المفرز : فقال : لا وسئل عنها الحسن فقال : لايثبت لهم الملك إلا بالقسمة .

وفى تجنيس الناصرى : ولو وهب دارا لابنه الصغير ثم اشترى بها أخرى فالثانية لابنه الصغير خلافا لزفر ، ولو دفع إلى ابنه مالا ، فتصرف فيه الإبن يكون للإبن إذا دلت دلالة على التمليك اه .

وفيها وسئل الفقيه : عن امرأة وهبت مهرها الذى لها على الزوج لإبن صغير له ، وقبل الأب قال : أنا فى هذه المسألة واقف فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل وديعة فأبق العبد ، ووهبه مولاه من المودع فإنه يجوز .

وسئل مرة أخرى : عن هذه المسألة فقال : لايجوز وقال الفقيه أبو الليث : وبه نأخذ وفى العتابية ، وهو المختار اه (قوله لجواز الرهن) إنما جاز الرهن منهما لأن حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه ألا ترى أنه لو قضى دين أحدهما بقى كله فى يد الآخر اه زيلعى (قوله والإجارة من اثنين اتفاقا) بأن قال : أجرت الدار منكما جاز بالاتفاق ولو فصل بقوله نصف منك أو نحوه كثلث أو ربع يجب أن يكون عند أبى حنيفة على اختلاف مر فيما إذا كان كله بينهما ، وأجر أحدهما النصف من أجنبى أنه يجوز فى رواية لا فى رواية إلى أن قال : وأنت على علم من إطلاق المتون قاطبة فساد إجارة المشاع إلا من الشريك ، وإطلاق بعضهم صحتها من اثنين محمول على حالة الإجمال حامدية ملخصا . ومثله فى الخيرية ويأتى فى الإجارة (قوله وإذا تصدق الخ) هذه عبارة الجامع الصغير (قوله يراد بها وجه الله تعالى) والفقير نائبه زيلعى (قوله وهو) أى الله سبحانه وتعالى جلت عظمته (قوله واحد) أى لاثانى له فى ذاته ولا فى صفاته ، ولا فى أفعاله بل هو أحد فرد صمد (قوله فلا شيوع) أشار بنفى الشيوع فى هذه الصورة إلى أن الشيوع إذا تحقق فى الصدقة يفسدها لأنها كالهبة فى ذلك كما سيأتى أواخر الباب الآتى ، فإذا تصدق ببعض مايحتمل القسمة على فقير واحد، لم يصح لتحقق الشيوع ، بخلاف التصدق بكله على فقيرين لما علمته من عدم الشيوع .

قال فى المضمرات : ولو قال وهبت منكما هذه الدار والموهوب لهما فقيران صحت الهبة بالإجماع تاترخانية لكن قال بعده وفى الأصل هبة الدار من رجلين لاتجوز ، وكذا فى الصدقة على غنيين والأظهر أن فى المسألة روايتين اه .

قال فى البحر : وصحح فى الهداية ما ذكره المصنف فى الفرق وهو رواية الجامع الصغير ، وقد علم بما قدمناه أن المراد من نفى الصحة هنا نفى الملك ، فلو قسمها وسلمها صحت وملكاها كما لايخفى والله تعالى أعلم اه وفى الجوهرة هذا هو الصحيح يعنى خلافا لهما فى تجويزهما الهبة والصدقة للغنيين أيضا (قوله لا لغنيين) أى لاتجوز الصدقة بعشرة دراهم أو هبتها لغنيين وهذا قوله ، وقالا تجوز وفى الأصل أن الهبة لاتجوز وكذا الصدقة

هبة فلا تصح للشيوع أى لاتملك حتى لو قسمها وسلمها صح .
[فروع] وهب لرجلين درهما إن صحيحا صح وإن مغشوشا لالأنه مما يقسم لكونه فى حكم العروض .
معه درهمان فقال لرجل: وهبت لك أحدهما أو نصفهما إن استويا لم يجز وإن اختلفا جاز لأنه مشاع لايقسم ولذا لو وهب ثلثهما جاز

عنده ففى الصدقة عنه روايتان خانية (قوله هبة) قال فى البحر والصدقة على الغنى مجاز عن الهبة كالهبة من الفقير مجاز عن الصدقة ، لأن بينهما اتصالا معنويا ، وهو أن كل واحد منهما تمليك بغير بدل ، فيجوز استعارة أحدهما للآخر فالهبة للفقير لاتجوّز الرجوع ، والصدقة على الغنى تجوز الرجوع (قوله للشيوع) لأن الهبة لما يراد بها وهما اثنان فحصل الشيوع (قوله أى لاتملك) فالمراد من نفى الصحة نفى الملك على هذا الوجه أفاده فى البحر . وقد علمت أنهما قولان .

الأوّل : أنها صحيحة ، ولا تفيد الملك قبل القسمة .

والثانى : أنها فاسدة وهو المفتى به وقدم أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض ، فهو مبنى على ماقدمنا ترجيحه ، فكيف يفسر أحد القولين بالآخر فتأمل .

قال فى البحر : عند قوله : والصدقة كالهبة لاتصح غير مقبوضة ولا فى مشاع يقسم .

فإن قلت : قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله : وصح تصدق عشرة لفقيرين .

قلت : المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لاشيوع كما تقدم اه (قوله درهما) قال فى الهندية : ولو وهب درهما صحيحا من رجلين اختلفوا فيه والصحيح أنه يجوز والدينار الصحيح قالوا : ينبغى أن يكون بمنزلة الدرهم الصحيح كذا فى قاضيخان (قوله إن صحيحا صح) لأنه هبة مشاع لايقسم (قوله لكونه فى حكم العروض) هذا إذا لم تكن أثمانا رائجة أما إذا كانت كذلك فليست فى حكم العروض تأمل (قوله إن استويا) أى وزنا وجودة خانية (قوله لم يجز) لأنهما إذا استويا وزنا وجودة تكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، لأنه لايجبر على القسمة منح (قوله وإن اختلفا) بأن كان أحدهما أثقل أو أجود هندية . وظاهره أن هذا التفصيل يجرى فيما لو قال له : وهبت لك أحدهما ، وجعله فى الهندية وعزاه إلى الخانية قاصرا على ما إذا قال نصفهما لك ، أما إذا قال أحدهما لك هبة لم يجز سواء كانا سواء أو مختلفين اه ولعله لأنهما إذا كانا سواء كانا مما يحتمل القسمة ، وإن كانا مختلفين فللجهالة .

والحاصل أن الهبة فى الأولين تناولت أحدهما ، أما فى قوله أحدهما فظاهر ، وأما فى قوله نصفهما : لأنه تجرى فيه القسمة جبرا باتحاد الجنس فكان له أحدهما ، وهو مجهول ، فلا يجوز ، وفى الثانى تناولت قدر درهم منهما ، وهو مشاع لايحتمل القسمة فيجوز وأن كلام الشارح بقوله وإن اختلفا جاز مخالف لما فى الخانية كما علمت ، فإنه ذكر هذا التفصيل فيما إذا قال نصفهما ثم قال . وإن قال أحدهما لك هبة لم يجز سواء كانا سواء أو مختلفين .

قال فى منية المفتى : دفع ثوبين إلى رجلين فقال : أيها شئت فهو لك والآخر لفلان فإن بين الذى له قبل أن يفترقا جاز وإلا فلا (قوله ولذا) أى لكونه مشاعا لايقسم (قوله جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقا أو نصفهما واحد منهما لانصف كل وإلا فلا فرق بينه وبين الثلث فى الشيوع ، بخلاف حمله على أن المراد

مطلقا .

تجوز هبة حائط بين داره ودار جاره لجاره وهبة البيت من الدار فهذا يدل على كون سقف الواهب على الحائط واختلاط البيت بحيطان الدار لايمنع صحة الهبة مجتبى .

أحدهما فإنه مجهول فلا يصح (قوله مطلقا) أى مستويين أو مختلفين منح (قوله يدل الخ) هذه الدلالة غير ظاهرة إذ لايلزم من كون الحائط بين الدارين كون سقف الواهب عليه ، ولا كون البيت من الدار اختلاطه بحيطان الدار تأمل .

قال ط : فهذا يدل أى من حيث الإطلاق ، وإلا فلا صراحة فى كلامه بذلك :

وفى الهندية عن جواهر الأخلاطى : إذا وهب نصيبا له فى حائط أو طريق أو حمام وسمى وسلطه على القبض فهى جائزة كما لو وهب بيتا له لآخر مع جميع حدوده وحقوقه مقسوما مفروغا فقبضه الموهوب له بإذن الواهب لكن ممر البيت مشترك بينه وبين آخر جاز اه .

وفى الذخيرة : هبة البناء دون الأرض جائزة وفى الفتاوى عن محمد : فيمن وهب لرجل نخلة وهى قائمة لايكون قابضا لها حتى يقطعها ، ويسلمها إليه وفى الشراء إذا خلى بينه وبينها صار قابضا لها كما فى متفرقات التاترخانية ، وقدمنا نحوه عن حاشية الفصولين للرملى وسيأتى تمامه قريبا (قوله لايمنع صحة الهبة) المراد لايمنع تملكها إذا قبضها كذلك ط .

قال سيدى الوالد فى تنقيحه : فى جواب سؤال حاصله : إذا وهبت امرأة من أولادها حصة من بناء طاحونة هل تصح أم لا ؟

فأجاب : أما هبة المشاع فيما لايحتمل القسمة ، فهى صحيحة كما صرح به فى المعتبرات لكن فى هذه المسألة وهبة البناء دون الأرض لاتصح إلا إذا سلطه الواهب على نقضه .

قال فى الدرر : وكذا تجوز هبة البناء دون العرصة إذا أذن الواهب فى نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه أى دون الزرع أو نخل فيها ثمر دونه : أى دون الثمر إذا أمره أى الموهوب له بالحصاد فى الزرع والجذاذ فى الثمر ، لأن المانع للجواز الاشتغال بملك المولى ، فإذا أذن المولى فى النقض والحصاد والجذاذ ، وفعل الموهوب له زال المانع ، فجازت الهبة اه ونقله فى المنح عنها وأقره .

وأفتى المرحوم عماد الدين عن سؤال رفع إليه وصورته : فيما إذا كان لزيد عمارة قائمة فى أرض الغير ، فملك زيد العمارة المزبورة لزوجته ، ولم يأذن لها بنقض العمارة ، فهل يكون التمليك غير صحيح أم لا ؟

الجواب : نعم يكون التمليك غير صحيح ، فلينظر فى مسألتنا هل سلطته على نقضه أم لا فعند ذلك يظهر الجواب والله أعلم بالصواب .

قال فى الفتاوى الهندية من الهبة : ومنها أن يكون الموهوب مقبوضا حتى لايثبت الملك للموهوب له قبل القبض وأن يكون مقسوما إذ كان مما يحتمل القسمة ، وأن يكون متميزا عن غير الموهوب ، ولا يكون متصلا ولا مشغولا بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب ، دون الزرع أو عكسه أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لايجوز ، وكذا لو وهب دارا أو ظرفا فيها متاع للواهب كذا فى النهاية اه وعلى هذا فقول البزازية : وهب البناء لا الأرض يجوز يحمل إطلاقه على ما إذا أذن له الواهب فى نقضه كما هو صريح الدرر ، وجامع الفتاوى كما تقدم ، لكن أفتى مفتى الروم على أفندى بمقتضى إطلاق البزازية بالجواز من غير قيد كما فى فتاواه التركية الشهيرة والله أعلم .

باب الرجوع فى الهبة

(صح الرجوع فيها بعد القبض)

أقول : وما فى البزازية نقل مثله فى نور العين عن المنية ، ومثله فى التاترخانية عن الذخيرة حيث قال : هبة البناء دون الأرض جائزة ، ولو وهب لرجل نخلة : وهى قائمة لايكون قابضا لها حتى يقطعها ويسلمها إليه اه هذا والموافق للمتون مامر عن الدرر لقول الكنز وغيره : تصح فى محوز مقسوم ومشاع لايقسم ، ويظهر لى التوفيق بين كلامهم بأن من قال كالدرر لاتصح إلا إذا سلطه الواهب على نقضه معناه لاتتم ، ولا تملك إلا إذا أذن له الواهب بالنقض ونقضه لأنه بعد النقض صار محوزا مسلما ، ومن قال تصح ، ولم يقيد بذلك أراد أنه يصح العقد ، وإن لم يفد الملك وحينئذ فلا تنافى بين الكلامين اه مختصرا وتمام تحقيقه ثمة فراجعه والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الرجوع فى الهبة

بمعنى الموهوب لأن الرجوع إنما يكون فى حق الأعيان لا فى حق الأقوال ، ولو وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على قبضه ، وقبل وقبض له الرجوع لأن الهبة هنا تمليك لا إسقاط حموى ، بخلاف هبته ممن هو عليه فلا رجوع فيها لأنها إسقاط ، والساقط لايعود درر منتقى ؛ ويصح الرجوع فيها كلا أو بعضا ملتقى فلا يمنع الشيوع كما لو وهبا عبدا لأحدهما الرجوع ، وأطلق فى الرجوع فى الهبة فانصرف إلى الأعيان ، فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول ، بخلافه قبله لكونه إسقاطا بحر وسيأتى آخر الفصل عند الكلام على النظم عبارة البحر وأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع فتأمل .

وفى البحر لا يخفى حسن تأخير هذا الباب ودخل فى الهبة الهدية فإن للمهدى الرجوع كما فى المنية وغيرها در منتقى وأخرج بالهبة الصدقة أى للفقير فإنه لا يصح الرجوع فيها لأن القصد فيها الثواب وقد حصل حموى والمراد بالهبة ما كان هبة لغنى ، فلو كانت لفقير فلا رجوع لأنها صدقة شرنبلالية (قوله صح الرجوع فيها) أى فى الهبة الصحيحة بعد القبض وأشار بذكر الصحة دون الجواز إلى أنه يكره الرجوع فيها كما يأتى وإنما صح لقوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يثب » أى يعوض .

وقال الشافعى : لا يصح إلا فى هبة الوالد لولده لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرجع الواهب فى هبته إلا الوالد فيما وهب لولده » ونحن نقول : المراد نفى الاستبداد فى الرجوع والتملك للحاجة وفى المقدسى : لا ينبغى أن يشترى الواهب الموهوب من الموهوب له لأنه يستحى فيأخذه بأقل من قيمته اه وقد سمعنا أن بعض قضاة الزمن السابق كان لا يشترى من بعض أهل محلته خوف المراعاة بخلاف بعض قضاة زماننا فإنهم متى أمكنهم الشراء بأنفسهم لا يعدلون عنه ليأخذوا الكثير بالقليل للمراعاة والخوف ، بل بعضهم له مكس على البياعين .

قال فى الهندية : وألفاظ الرجوع : رجعت فى هبتى ، أو ارتجعتها أو رددتها إلى ملكى ، أو أبطلتها ، وأنقضتها فإن لم يتلفظ بذلك ، ولكنه باعها أو رهنها أو أعتق العبد الموهوب ، أو دبره لم يكن ذلك رجوعا ، وكذا لو صبغ الثوب أو خلط الطعام بطعام نفسه لم يكن رجوعا ، ولو قال إذا جاء رأس الشهر فقد ارتجعتها لم يصح كذا فى الجوهرة النيرة اه وفيها يجب أن يعلم بأن الهبة أنواع هبة لذى رحم محرم ، وهبة لأجنبى ، أو لذى

أما قبله فلم تتم الهبة (مع انتفاء مانعه) الآتى (وإن كره) الرجوع تحريما وقيل تنزيها نهاية ولو مع إسقاط حقه من الرجوع فلا يسقط بإسقاطه خانية.

رحم ليس بمحرم، أو لمحرم ليس بذى رحم وفى جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم كذا فى الذخيرة سواء كان حاضرا أو غائبا أذن له فى قبضه أو لم يأذن له كذا فى المبسوط، وبعد التسليم ليس له حق الرجوع فى ذى الرحم المحرم. وفيما سوى ذلك له حق الرجوع إلا أن بعد التسليم لا ينفرد الواهب بالرجوع، بل يحتاج فيه إلى القضاء أو الرضا، وقبل التسليم ينفرد الواهب بذلك كذا فى الذخيرة (قوله فلم تتم الهبة) يعنى لو وجد الإيجاب والقبول ثم امتنع عن التسليم. فإنه لا يسمى رجوعا لأن الهبة لم تتم فلم يخرج الموهوب عن ملك واهبه. فلا يقال إن له رجوعا فيه. ولا فرق بين ذى الرحم والزوجين، وغير ذلك والظاهر أنها لا تخلو عن الكراهة لأنها لا تنزل عن الوعد بل هى فوقه (قوله مع انتفاء مانعه الآتى) المشار إليه بدمع خزقة (قوله وإن كره تحريما) بهذا حصل الجمع بين قوله صلى الله عليه وسلم «لا يحل لرجل أن يعطى عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده» ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء ثم عاد فى قيئه. وبين قوله عليه الصلاة والسلام «من وهب هبة فهو أحق بها مالم يثب منها» اهـ فبالثانى ثبت الرجوع وبالأول ثبتت كراهة التحريم، ويثب بضم الياء التحتية، وفتح المثلثة مضارع مجهول مجزوم من من أثاب يثيب: أى عوض كذا ضبطه عزمى زاده

قال فى الدرر المراد بالحديث الأول: أن الواهب لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء، ولا رضا إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك. فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته: أى للإنفاق وسمى ذلك رجوعا نظرا إلى الظاهر، وإن لم يكن رجوعا حقيقة على أن هذا الحكم غير مختص بالهبة. بل الأب إذا احتاج له الأخذ من مال ابنه، ولو غائبا ولو لم يحتج لايجوز له الأخذ اهـ ملخصا أو المراد: أنه لايحل الرجوع بطريق الديانة، والمروءة وهو كقوله عليه الصلاة والسلام «لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره إلى جنبه طاو» أى لايليق ذلك بالديانة والمروءة وإن كان جائزا فى الحكم نهاية وقال الزيلعى بعد ماأجاب بما أجاب به صاحب الدرر: على أنا لانسلم أن الحديث الذى رواه ينافى الرجوع، لأنه خبر عن قبحه فمعناه أنه لايليق به أن يرجع فيه إلا الواهب فيما يهبه لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام «المؤمن لايكذب» وقوله عليه الصلاة والسلام: «الزانى لايزنى وهو مؤمن» أى لا يليق به أن يكذب أو يزنى. وهو مؤمن لا أنه ينافى صفة الإيمان به بل هو قبيح ومع الإيمان أقبح فكذا هذا الخ أى قبيح من حيث العادة لا الشرع لأن الشرع مكنه من الرجوع، وبمذهب الإمام الشافعى قال الإمام مالك وأحمد فى ظاهر مذهبه عزمى زاده (قوله وقيل تنزيها) أخذا من قول المبسوط إنه غير مستحب ولا دلالة فيه على أن الكراهة للتنزيه. فإن المكروه تحريما والحرام غير مستحب وقول الزيلعى الرجوع قبيح صريح فى أن الكراهة للتحريم. إذا لا يقال للمكروه تنزيها قبيح، لأنه من قبيل المباح أو قريب منه.

قال فى المنح: وقد وصف الرجوع بالقبح الزاهدى والحدادى، وكثير من الشارحين، ومن ثم اخترنا كراهة التحريم.

قال فى الفتاوى الغياثية: الرجوع فى الهبة مكروه فى الأحوال كلها ويصح كذا فى التاترخانية انتهى ودليل الكراهة التحريمية خاص من السنة. وهو الحديث المتقدم، وروى الكرخى عن أصحابنا أنه حرام (قوله فلا يسقط الخ) علم من هذا أن الإسقاط لا يكون فى كل حق فإن بعض الحقوق لاتسقط وإن أسقطها صاحبها

وفى الجواهر : لايصح الإبراء عن الرجوع ولو صالحه من حق الرجوع على شيء صح وكان عوضا عن الهبة لـكن سيجيء اشتراطه فى العقد (ويمنع الرجوع فيها) حروف (دمع خزقه) يعنى الموانع السبعة الآتية

كهذا الحق كما فى البزازية فهو نظير الميراث والاستحقاق فى الوقف يثبت جبرا فلا يسقط بالإسقاط (قوله وكان عوضا الخ) أى أن حق الرجوع لايسقط بالإسقاط لامجاناولا بعوض وإنما يسقط الرجوع بجعل العوض عوضا عن الهبة والتعويض عن الهبة يمنع من الرجوع كما يأتى فى الموانع (قوله لـكن سيجيء) أى نقلا عن المجتبى ، وسيقول الشارح إنه لم ير من صرح به غيره وإن فروع المذهب مطلقة ، ولا يخفى ما قاله ابن وهبان : أن ما تفرد به الزاهدى لا يعول عليه ، مع أن كلا مؤول بأن العوض إذا لم ينص عليه أنه عوض عنها لا يكون مانعا من الرجوع ، ويكون لـكل من الواهبين أن يرجع فى هبته ؛ ويكون معنى قوله إذاكان مشروطا فى العقد: أى عقد التعويض ، ولذا قال بعده : فأما إذا عوضه بعده فلا وهى هبة مبتدأة ، وهذا قد صرحوابه أنه عند عدم التصريح بالتعويض ، لـكل منهما أن يرجع فتوافق عبارة المجتبى بقية نصوص الفقهاء . وظاهر كلام الخير الرملى والخير بن إلياس فى كتابتهما على منح الغفار تسليم مافى المجتبى من هذا الشرط : وقد علمت أنه بهذا المعنى غير مسلم له لإطلاق المتون والشروح والفتاوى صحة التعويض من غير اشتراطه فى عقد الهبة ، فيتعين تخطئته لو لم يحمل العقد على عقد العوض كما سمعت وهذا لا يمنع منه ظاهر عبارة المجتبى .

قال فى المنح بعد نقل عبارة الجوهرة وهو مخالف لما وقع فى المجتبى معزيا إلى شرح القدورى من قوله إنما يسقط الرجوع إذاكان مشروطا فى العقد ، فأما إذا عوضه بعده فلا ، وهى هبة مبتدأة

قال الرملى : وقد يقال ما فى الجواهر لم يدخل فى كلام المجتبى إذ ما فى الجواهر صلح عن حق الرجوع نصا وقد صح الصلح فلزم سقوطه ضمنا ، بخلاف ما لوأسقطه قصدا فكم من شيء يثبت ضمناولايثبت قصدا وليس بحق مجرد حتى يقال يمنع الاعتياض عنه كما هو ظاهر وما فى المجتبى مسئلة أخرى فتأمله (قوله اشتراطه) أى العوض لـكن سيجيء البحث فى هذا الاشتراط (قوله ويمنع الرجوع) أى ومنع الرجوع فى الهبة الموانع الآتى تفصيلها (قوله حروف دمع خزقة) أى منحوتها أى ،رموزها قيل هو من نظم الإمام النسفى وقيل لغيره در منتقى قال البرجندى : هذا التركيب لمجرد الضبط ، وليس معه معنى يعتد به اه وغاية ما يتكاف له أن يكون دمع خزقة فاعل يمنع ، وفى الصحاح : خزقتهم بالنبل أصبتهم بها اه فالمعنى : إصابة دمع . وفى الدرر الخزق الطعن والخازق السنان فكأنه شبه الدمع بالسنان اه . وهذا وما قبله يفيد تنوين دمع وأن خزق فعل ماض والهاء ضمير يرجع إلى الشخص قال القهستانى : والمعنى التركيبى أن دمعه لـكثرته كأن أطرافه نصول تجرح وجهه وله ضوابط أخر كخزع قدمه أى تخلف ودنى عز خدمه وزعق خدمه . أى صاح وفى القهستانى عن العمادى أنه الرجوع يصح فى الفاسدة وإن وجد أحد الموانع لأن المقبوض منهامضمون بعد الهلاك فله الرجوع قبله اه فالمانع إنما هوفى الصحيحة ط. والنظم المنسوب للنسفى هو بيت مفرد وهو :

ويمنع الرجوع فى فصل الهبه ... يا صاحبى حروف دفع خزقه

قال الرملى قد نظم ذلك ولدى العلامة شيخ الإسلام محيى الدين فقال :

منع الرجوع من المواهب سبعة ... فزيادة موصولة موت عوض

وخروجها عن ملك موهوب له ... زوجية قرب هلاك قد عرض

(قوله يعنى الموانع السبعة الآتية) بقى ثامن وهو ما ذكره فى المبسوط ومنية المفتى من أنه إذا وهب للصغير

(فالدال الزيادة) فى نفس العين الموجبة لزيادة القيمة (المتصلة) وإن زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ

شيئا لا يرجع به اه لكن قدمنا عن البزازية عند قول الشارح : ويبيع القاضى الخ أنه لو وهب للصغير فعوضه أبوه من ماله لا يجوز وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض وإن عدم الرجوع فيما إذا عوض الأب أو الأجنبى من مالها أو كان نوى الواهب الصدقة عند الإعطاء فلا تنسه (قوله الزيادة فى نفس العين) قيد به لأنها لو كانت فى قيمتها لا يمنع لأنها حينئذ ارغبة الناس إذ العين بحالها ذكره الشمنى ، ومثله فى الهندية وفيها وكذا إذا زاد فى نفسه من غير أن يزيد فى القيمة : أى فله الرجوع ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج إلى مؤنة النقل ذكر فى المنتقى أنه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ينقطع الرجوع ولو وهب عبدا كافرا فأسلم فى يد الموهوب له أو وهب عبدا حلال الدم فعفا ولى الجناية فى يد الموهوب له لا يرجع ، ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ، ولا يسترد الفداء كذا فى التبيين ، وإن رجع قبل أن يفديه فالجناية على العبد يدفعه الواهب بها أو يفديه كذا فى المبسوط ولو قطعت يده ، وأخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع ، ولا يأخذ الأرش كذا فى البحر اه وقيد بالزيادة لأن النقصان كالحبل وقطع الثوب ، سواء كان بفعل الموهوب له أولا غير مانع .

وفى الهندية عن المبسوط : وإذا أراد الواهب الرجوع وهى حبلى ، فإن كانت قد ازدادت خيرا فليس له أن يرجع فيها ، وإن كانت قد ازدادت شرا فله أن يرجع فيها والجوارى فى هذا تختلف منهن إذا حبلت سمنت وحسن لونها فكان ذلك زيادة فى عينها فيمتنع الرجوع ومنهن إذا حبلت اصفر لونها ودق ساقها فيكون ذلك نقصا فيها لا يمنع الواهب من الرجوع اه وينبغى حمل هذا على ما إذا كان الحبل من غير السيد : أى الموهوب له ، أما إذا كان منه فلا رجوع ، لأنها ثبت لها منه بالحمل وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأهلت لكونها أم ولده كما إذا ولدت منه بالفعل كما ذكره أبو السعود عن شيخه وأقره الحموى ، وذكره بعض المتأخرين تفقها ، وقد ذكروا أن الموهوب له إذا دبر العبد الموهوب انقطع الرجوع لكن قال فى السراج الوهاج : ولو وهب له جارية فحبلت فى يد الموهوب له ، فأراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك ، لأنها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة : لأن الولد يحدث جزءا فجزءا فلا يصل إلى الرجوع فيما وهب إلا بالرجوع فيما لم يهب كالزيادة المتصلة اه . وقد ذكر الزيلعى أن الحبل او لم تزد به فللواهب الرجوع فيها لأنه نقصان اه فتأمل ما بينهما .

قلت : وذكر فى النهر فى باب خيار العيب أن الحبل عيب فى بنات آدم لا فى البهائم اه فتأمل (قوله الموجبة لزيادة القيمة) بالرفع صفة لزيادة أما إذا كانت الزيادة فى العين لا توجب الزيادة فى القيمة ، أما المنقصة التى توجب نقصا فى السعر كطول فاحش تنقص به القيمة وكبر طحال فإنه لا ينقطع به حق الرجوع كما فى محيط السرخسى .

أقول : وينبغى أن يكون السمن المفرط كالطول الفاحش ، فإنه ينقص القيمة أيضا ، فلا ينقطع به حق الرجوع فتأمل .

قال فى البحر : وخرج الزيادة فى العين فقط كطول الغلام ، وفداء الموهوب له لو كان الموهوب جنى خطأ اه وتمامه فيه لكن سيأتى قريبا عن قاضيخان ما ينافيه (قوله المتصلة) قيد بها لأن المنفصلة غير مانعة من الرجوع فى الأصل والزيادة للموهوب له بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد كما يأتى (قوله وإن زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ) فيه أنه من قبيل زوال المانع كما قاله الإسبيجابى ، ولهذا سموها موانع .

لـكن فى الخانية مايخالفه واعتمده القهستانى فليتنبه له لأن الساقط لايعود (كبناء وغرس)

وعبارة القهستانى : مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما فى المحيط وغيره ، ومن الظن أنه ينافيه ما فى النهاية أنه حين زاد لايعود حق الرجوع بعده ، لأنه قال ذلك فيما إذا زاد وانتقص جميعا كما صرح به نفسه اهـ .

قلت : فى التاترخانية ولوكانت الزيادة بناء فانهدم يعود حق الرجوع ، والمانع من الرجوع الزيادة الباقية فى العين كما ذكر شمس الأئمة السرخسى اهـ . وعبارة الشارح جملة شرطية سقط جوابها من قلمه سهوا ، والمسألة فى شرح المجمع لابن ملك ، ولو منع القاضى الرجوع لثبوت الزيادة ، ثم زالت عاد للواهب حق الرجوع كما فى المحيط ، ونقله فى الدرر .

قال فى غاية البيان : وقال فى الكافى : رجل وهب لرجل أرضا فبنى فيها الموهوب له بناء ، ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه إلى القاضى فقال له القاضى : ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها. قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابى يريد به أن قول القاضى لم يقع قضاء حتى لاينتقض وإنما وقع فتوى بناء على مانع فإذا زال المانع تغير الحكم اهـ ومثله فى التاترخانية عن المحيط (قوله لـكن فى الخانية ما يخالفه) وكذا فى الظهيرية. قال سرى الدين فى حاشية الزيلعى . وفى الظهيرية وقاضيخان : وإذا قضى القاضى بإبطال الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد حق الرجوع . بيانه : إذا بنى فى الدار الموهوبة بناء أبطل القاضى رجوع الواهب بسبب البناء ، ثم هدم الموهوب له البناء وصارت كما كانت فله الرجوع فيها اهـ . وقد علمت أنه ازوال المانع لا نقض قضاء والمسألة المذكورة فى المؤلف ذات خلاف أيضا .

فقد قال فى المحيط والذخيرة : رجل وهب لرجل وصيفا فشب عند الموهوب وكبر وطال وشاخ وانتقصت قيمته ليس للواهب الرجوع ، لأنه زاد فى بدنه وطال فى جثته ثم انتقص من وجه آخر بشيخوخته ، وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك ، ولو كان طويلا يوم وهبه وطال عند الموهوب له وكان الطول نقصانا وكان ينتقص به فهذه ليست بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع ، ويكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالإصبع الزائدة ، وما أشبه ذلك كما فى الذخيرة .

وذكر الناطفى فى أجناسه : ولووهب أمة فسمنت وكبرت له أن يرجع وكذا جميع الحيوانات اهـ . وفى الهندية عن المحيط : ولو وهب أمة فشبت وكبرت لايرجع وكذلك جميع الحيوانات اهـ فهما قولان للمشايخ ط لـكن الموافق لما فى قاضيخان أوفق ، حيث ذكر عدم الرجوع ولم يتعرض لخلافه كما يأتى قريبا فتأمل (قوله واعتمده القهستانى) حيث قال : وفيه إشعار بأن مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما فى المحيط اهـ (قوله فليتنبه له) بمنزلة قوله وفيه نظر وعلله بقوله لأن الساقط الخ (قوله لأن الساقط لايعود) وفيه أن هذا من باب زوال المانع ، كما إذا تزوّجت المرأة وسقط حقها فى الحضانة فإنها إذا بانت عاد حقها فيها لزوال المانع ، ولذا اعتمد فى شرح الملتقى العود هكذا وجد فى بعض النسخ ، وهى التى كتب عليها الحلبى وفى بعض النسخ تقديم العلة على قوله فليتنبه ، وعليها فهو تعليل لقوله : وإن زالت الخ وهو الصواب وغيرها خطأ من الناسخ .

والحاصل : أن هذا من باب زوال المانع لاعود الساقط لما علمت من أن الزيادة المتصلة من موانع الرجوع فكان الوجه ما فى الخانية ، وسيصرح به نقلا عن الدرر حيث قال قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع

إنْ عدا زيادة فى كل الأرض وإلا رجع ، ولو عدا فى قطعة منها امتنع فيها فقط زيلعى (وسمن) وجمال وخياطة وصبغ وقصر ثوب وكبر صغير وسماع أصم وإبصار أعمى وإسلام عبد

عاد الرجوع ، فأفاد صحة الرجوع ولو بعد القضاء بعدمه عند وجود المانع إذا زال ذلك المانع لامن باب الساقط حتى لا يرجع ، حتى لو قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال يعود الرجوع كما يأتى ويؤيده ما يأتى فى المانع الرابع خروج الموهوب إلا إذا رجع الثانى فله الرجوع فكذلك هنا (قوله إن عدا زيادة) قال فى المنح : إذا كان يوجب الزيادة فى الأرض ، وإن كان لايوجب لا يمنع الرجوع ، وإن كان يوجب فى قطعة منها بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لايعد مثلها زيادة فيها كلها امتنع فى تلك القطعة دون غيرها كذا فى الرمز .

وفى السراجية : إذا وهب أرضا فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع ، ولو زال البناء عاد فى حق الرجوع انتهى .

وفى المنهاج : رجل وهب لرجل أرضا بيضاء أنبت فى ناحية منها نخلا أو بنى فيها بيتا أو دكانا أو دارابا ، يعنى معلفا للدواب كان ذلك زيادة فيها وليس له أن يرجع فى شىء منها اه وفيها أما إذا لم يعد زيادة أصلا كبناء تنور الخبز فى غير محله فإنه لا يمنع الرجوع اه معزيا للزيلعى (قوله وإلا) راجع لقوله إن عدا زيادة فهو مفهومه ، وقوله : ولو عدا فى قطعة مفهوم قوله فى كل الأرض . وفى الهندية عن الكافى إن وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت الموهوب له فى ناحية منها نخلا أو بنى بناء أو دكانا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع فى شىء منها فإن كان لا يعد زيادة أو يعد نقصانا فإنه لايمنع الرجوع ، حتى لو بنى دكانا صغيرا بحيث لايعد زيادة أصلا فلا عبرة به وإن كان الأرض عظيمة لا يعد ذلك زيادة فى الكل ، إنما يعد زيادة فى تلك القطعة فله أن يرجع فى غيرها اه (قوله وسمن) قيده فى الحواشى اليعقوبية بالمعتدل وهو حسن .

قال المصنف فى منحه : وكذا إذا غيره عن حاله بأن كان حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو سويقا فلته بسمن أو كان لبنا فاتخذه جبنا أو سمنا اه .

قال محشيه الخير الرملى ، وفى الولوالجية : رجل وهب سويقا فلته بالماء يرجع الواهب لأنه بقى الاسم وهذا نقصان كمن وهب لرجل حنطة فلتها بالماء فرق بين هذا وبين ما إذا وهب ترابا فلته بالماء حيث لايرجع ، والفرق أن ههنا اسم التراب لم يبق فلم يبق الموهوب اه .

أقول : وكذا لو وهب عنبا فصيره زبيبا لعدم بقاء الاسم تأمل اه (قوله وخياطة) أما إذا قطعه فلا يمتنع الرجوع ولو قطعه نصفين فخاط نصفه وبقى النصف الآخر له الرجوع فى الآخر (قوله وصبغ) ولو بأسود لأنه ربما ينفق على السواد أكثر مما ينفق على صبغ آخر قاضيخان .

أقول : ولون الأسود فى زماننا من أحسن الألوان ويزداد به قيمة عن غيره من الألوان ، وما نقل عن الإمام أنه مما ينقص الثمن فهو اختلاف زمان (قوله وقصر ثوب) لزيادة قيمة الموهوب بها . قال فى الهندية : ولو وهب كرباسا فقصره الموهوب له لايرجع لأنه زيادة متصلة وصفة متقومة ، ولو غسله يرجع كذا فى محيط السرخسى ، وإن فتله لايرجع إذا كان يزيد بذلك فى الثمن كذا فى الوجيز للكردرى (قوله وكبر صغير) قد علمت أن فيه خلافا لكن مشى قاضيخان على عدم الرجوع ولم يتعرض للقول الآخر .

وعبارته : رجل وهب عبدا صغيرا فشب وصار رجلا طويلا لايرجع الواهب فيه ، لأن الزيادة فى البدن تمنع الرجوع وإن كانت تنقص القيمة اه ، وعلله أيضا فى الاختيار بأنه زاد فى بدنه ثم انتقص بوجه آخر فلا يرجع

ومداواته وعفو جناية وتعليم قرآن أو كتابة أو قراءة ونقط مصحف باعرابه وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلا ونحوها. وفى البزازية: والحبل إن زاد خيرا منع الرجوع وإن نقص لا. ولو اختلفا فى الزيادة

(قوله ومداواته) أى من مرض كان عند الواهب، أما إذا مرض عند الموهوب له فدواؤه لايمنع الرجوع هندية عن البحر . وكأنه أراد بالمداواة حصول أثرها وهو البرء ، أما بدونه فلم تحصل الزيادة والبرء بدون المداواة زيادة تأمل (قوله وعفو جناية) أى صدرت من العبد كما إذا كان العبد حلال الدم فعفا الولى عنه ، وهو فى يد الموهوب له لايرجع ، وإن كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لايمنع من الرجوع ولا يسترد منه الفداء كما فى الزيلعى، ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة هندية عن محيط السرخسى (قوله وتعليم قرآن أو كتابة الخ) أو كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئا من الحروف لا يرجع لحدوث الزيادة فى العين كما فى البحر ، ومثله فى الهندية عن المضمرات بزيادة هو المختار .

قال فى التاترخانية معزيا لواقعات الناطفى : رجل وهب لرجل جارية فعلمها القرآن أو الكتابة أو المشط ليس له أن يرجع هو المختار اه أى وإن كانت هذه الزيادة معنوية ، لكن فى الزيلعى والعينى مايخالفه فليراجع ؛ وماذكر فى منية المفتى نقلا عن السراجية أن الإسلام والتعليم ليس بزيادة مانعة عن الرجوع فمحمول على مروى عن محمد وإلا فيكون مخالفا لما فى المعتبرات (قوله بإعرابه) أى بيان إعرابه من رفع ونصب وخفض وجزم هذا إذا كان على الصواب ، أما لو كان خطأ فهو تنقيص فلا يمنع الرجوع وإنما امتنع الرجوع فى هذه المسائل لحدوث الزيادة فى العين عند أبى يوسف ، قال الحموى: وهو المختار . وعن محمد وزفر لايمنع الرجوع لأن هذه ليست زيادة فى العين فأشبهت الزيادة فى السعر ، وروى الخلاف بالعكس كما فى الزيلعى ، وعن أبى حنيفة روايتان كما فى الشرنبلالية (قوله وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلا) فإن فيه زيادة القيمة بالنقل من مكان إلى مكان بحر .

قال فى الهندية معزيا إلى التبيين : ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج إلى مؤنة النقل ذكر فى المنتقى أنه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ينقطع الرجوع اه. وفى ط وانظر حكم ما إذا لم تزد وقد علم أن محل كون زيادة السعر لاتمنع الرجوع إذا لم ينقل الهبة : قال الزيلعى : ولو نقله من مكان إلى مكان . حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل ذكر فى المنتقى أن عندهما ينقطع الرجوع ، وعند أبى يوسف لا لأن الزيادة لم تحصل فى العين فصار كزيادة السعر . ولهما أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل، بخلاف نفقة العبد لأنها ببدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اه .

وفى شرح السير الكبير للسرخسى : أنه لو كانت الهبة فى دار الحرب فأخرجها الموهوب له إلى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع لأنه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له ، فإنها كانت مشرفة على الهلاك فى مضيعة وقد أحياها بالإخراج من ذلك الموضع انتهى، لكنه ذكر ذلك فى صورة ما إذا ألقى شيئا وقال حين ألقاه من أخذه فهو له ذكره فى التاسع والتسعين (قوله ونحوها) أى المذكورات. وذكر فى المنح مسائل من هذا الباب: منها مالو وهب له حلقة فركب فيها فصا إن كان لايمكن نزعه إلا بضرر لايرجع وإن أمكن نزعه بلا ضرر يرجع اه والتطيين والتجصيص وتحديد السكين ونحوها زيادة تمنع الرجوع كما فى الدر المنتقى (قوله وفى البزازية والحبل إن زاد خيرا منع وإن نقص لا) هذه الجملة موجودة فى بعض النسخ دون بعض ومافى البزازية جزم به فى الخلاصة ، وقدمنا الكلام عليه عن الهندية لمناسبة ما إذا وهب حاملا قال فيها وإن هب جارية حاملا فرجع

فني المتولدة كـكبر القول للراهب وفى نحو بناء وخياطة وصبغ للموهوب له خانيةوحاوى ومثله فى المحيط لكنه استثنى مالو كان لايبنى فى مثل تلك المدة (لا) يمنع الزيادة (المنفصلة)

قبل الوضع إن كان رجوعه قبل أن تمضى مدة يعلم فيها زيادة الحمل جاز وإلا فلا اه (قوله فنى المتولدة كـكبر) بأن قال الموهوب له وهبتها لى وهى صغيرة فـكبرت عندى ، وقال الواهب : وهبتها هكذا كبيرة (قوله القول للواهب) لأنه ينكر لزوم العقد (قوله وفى نحو بناء وخياطة) فقال الواهب وهبتها هكذا مبنية أو مخيطة وقال الموهوب له أحدثته (قوله لـكنه استثنى الخ) هذا ظاهر لتيقن كذب الموهوب له من حيث أن العادة تحيل إحداث هذا البناء فى مثل هذه المدة ، والضمير فى لـكنه لصاحب المحيط .

وفى المحيط : لو قال رجل وهب لك مورثى هذا العبد فلم تقبضه فى حياته ، بل بعد وفاته وقال الموهوب له قبضته فى حياته والعبد فى يد الوارث فالقول للوارث لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض بحر ، ومقتضى التقييد بكون العبد فى يد الوارث أنه لو كان فى يد الموهوب له لايكون القول للوارث بل للموهوب له .

قال فى الهندية : رجل وهب دارا فبنى الموهوب له فى بيت الضيافة تنورا للخبز كان للواهب أن يرجع فى هبته كذا فى الظهيرية .

ولو وهب له حماما فجعله مسكنا أو وهب له بيتا فجعله حماما ، فإن كان البناء على حاله لم يزد فيه شيئا فله أن يرجع وإن كان زاد فيه بناء أو علق عليه بابا أو جصصه وأصلحه أو طينه فليس له أن يرجع فى شىء فيه كذا فى المحيط ، إن هدم البناء رجع فى الأرض ولو استهلك البعض له أن يرجع فى الباقى كذا فى الوجيز للـكردرى .

ولو كانت الزيادة بناء فانهدم يعود حق الرجوع كذا فى التاتارخانية .

وهب عبدا فـكاتبه فعجز ورده رقيقا فله الرجوع .

ولو زالت الرقبة عن ملكه ثم عاد إليه بالفسخ فللواهب الرجوع .

ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة هكذا فى محيط السرخسى .

رجل وهب شاة أو بدنة أو بقرة فأوجبها الموهوب له لأضحية أو هدى أو جزاء صيد أو نذر أو قلد البدنة أو البقرة أو أوجبها تطوعا ، فللواهب أن يرجع فى الروايات الظاهرة . وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لايرجع كذا فى محيط السرخسى .

ولو وهب له شاة فذبحها فله أن يرجع فيها وهذا بلا خلاف ، ولو ضحى بها أو ذبحها فى هدى المتعة لم يكن له أن يرجع فيها فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى . وقال محمد رحمه الله تعالى : يرجع فيها وتجزئه الأضحية والمتعة ولم ينص على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه . قال بعضهم : إنه كقول محمد رحمه الله تعالى وهو الصحيح كذا فى المحيط .

ولو وهب درهما ثم استقرضه من الموهوب له فأقرضه إياه جاز وليس للواهب أن يرجع أبدا كذا فى خزانة المفتين .

رجل وضع حبلا فى المسجد أو علق قنديلا له الرجوع بخلاف ما إذا علق حبلا للقنديل كذا فى السراجية (قوله لايمنع الزيادة المنفصلة) فإن قيل : ماالفرق بين الرد بالعيب والرجوع بالهبة حتى منعت الزيادة المنفصلة

كولد وأرش وعقر وثمرة فيرجع فى الأصل لا الزيادة لكن لا يرجع بالأم حتى يستغنى الولد عنها كذا نقله القهستانى لكن نقل البرجندى وغيره أنه قول أبى يوسف فليتنبه له، ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع؟ قال فى السراج لا، وقال الزيلعى: نعم وفى الجوهرة مريض مديون بمستغرق وهب أمة فمات وقد وطئت ردها مع عقرها هو المختار

الرد لا الرجوع ، والمتصلة بالعكس . قلنا : هو إنه لا يجوز رد العين فقط لسلامة الزيادة للمشترى مجانا وهو ربا ولا مع الزيادة قصدا لعدم ورود العقد عليها والفسخ يرد على مورد العقد لا تبعا إذ الولد لا يتبع الأم بعد الانفصال بخلاف الهبة لعدم الربا فيها والرد فى المتصلة حصل ممن حصلت الزيادة على ملكه فكان إسقاط حقه برضاه فلا يمنعه الزيادة بخلاف الرجوع لعدم حصوله برضاه ذلك فمنعه يعقوبية (قوله كولد) بنكاح أو سفاح بزازية (قوله وأرش) أى أرش جناية على العبد كما إذا قطعت يده وأخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع ولا يأخذ الأرش هندية (قوله حتى يستغنى الولد عنها) ولم يعتبر ذلك فى الثمرة لأنه يجوز بيعها بدا صلاحها أولا فكذا هنا يأخذها الموهوب له فتأمل (قوله لكن نقل البرجندى الخ) يعنى وعنده غير يرجع بها دون الولد وإن لم يستغن وحينئذ ينبغى أن تجبر على حضانته بأجر المثل فليراجع (قوله أنه قول أبى يوسف) قال فى الهندية قال بشر قلت : وإن اختصموا فى الرجوع والولد صغير ثم أدرك الصغير ، وقد كان القاضى أبطل الرجوع فى الأم قال له الرجوع فيها اه فأفادت أن القاضى يبطل الرجوع قبل كبر الولد وهل على قوله يلزم الموهوب له الأجر مدة الرضاع ، ومقتضى القواعد أن ينظر إلى الولد، تارة يقبل غير أمه وتارة لا ، فإن لم يقبل إلا إياها أمسكها للرضاع ولا أجر وامتنع أخذها ، وإن قبل غيرها لا تمنع إلا برضا الواهب، وله الأجر ويحرر ط، ثم إن ظاهر الخانية اعتماد خلاف قول أبى يوسف حيث قال : ولو ولدت الهبة ولدا كان للواهب أن يرجع فى الأم فى الحال. وقال أبو يوسف : لا يرجع حتى يستغنى الولد عنها ثم يرجع فى الأم دون الولد اه (قوله قال فى السراج لا وقال الزيلعى نعم) تقدم التوفيق من أن الحبل عيب فى الآدمية لا فى البهيمة ، وتقدم عن الهندية من أن الجوارى تختلف، فمنهن من تسمن به ويحسن لونها فيكون زيادة تمنع الرجوع ، ومنهن بالعكس فيكون نقصانا لا يمنع الرجوع اه ويؤيد هذا التوفيق ما قدمناه أيضا ، من أن الحبل إن زاد خيرا منع الرجوع ، وإن نقص لا ، فإذا كانت الموهوبة أمة وحبلت عند الموهوب له ونقصت بذلك كان للواهب الرجوع ؛ ولا يتبعها حملها بل إذا ولدت بعد الرجوع يسترده الموهوب له لكونه حدث على ملكه ، كما قالوا فيما لو بنى فى الدار الموهوبة بناء منقصا كبناء تنور فى بيت السكنى ، فإنه لا يمنع الرجوع كما فى الخانية ؛ وللموهوب له أخذه فقد سقط ما قيل أن ما ذكره الشارح لا يوافق القولين فافهم . ثم لا يخفى أن هذا فى الحبل العارض ، أما لو وهبها حبلى ورجع بها كذلك صح ، وليس الكلام فيه خلافا لما فهمه الحموى ، وبقى ما لو كان الحبل من الموهوب له فقد قدمنا عن الشيخ أبى السعود بحثا بأنه مانع من الرجوع (قوله مريض) قال فى المحيط : يجب أن يعلم أن هبة المريض هبة عقد وليست بوصية ، واعتبارها من الثلث ما كان ، لأنها وصية ولكن لأن حق الورثة يتعلق بالمريض ، وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له ، وهو الثلث وإذا كان هذا التصرف هبة عقد اشترط له سائر شرائط الهبة ومن جملتها قبض الموهوب قبل موت الواهب اه (قوله وقد وطئت) أطلق فى وطئها فعم ما لو كان الواطئ الموهوب له أو غيره (قوله ردها مع عقرها) لتعلق حق الغرماء فيها إذ الدين يتعلق بذمة المديون ، فإذا مرض مرض الموت تعلق بتركته ، وكانت هبته حينئذ وصية لا تنفذ مع استغراق التركة بالدين ، فلذا يلزمه عقرها لأنه لم يملكها قبل الموت حيث كانت وصية ولا بعد الموت لتعلق حق الغرماء ، ولم يجب الحد للشبهة فوجب العقر ، فلو حملت من ذلك الوطء يراجع حكمه .

(والميم موت أحد العاقدين) بعد التسليم فلو قبله بطل ولو اختلفا والعين فى يد الوارث فالقول للوارث

[فروع] وهب فى مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض .

وهب المريض عبدا لامال له غيره ثم مات ، وقد باعه الموهوب له لا ينقض البيع ويضمن ثلثيه وإن أعتقه الموهوب له والواهب مديون ولا مال له غيره قبل موته جاز ، وبعد موت الواهب لا لأن الإعتاق فى المرض وصية وهى لا تعمل حال قيام الدين ، وإن أعتقه الواهب قبل موته ومات لا سعاية على العبد لجواز الإعتاق ولعدم الملك يوم الموت بزازية .

ورأيت فى مجموعة منلا على الصغير بخطه عن جواهر الفتاوى : كان أبو حنيفة حاجا فوقعت مسئلة الدور بالكوفة فتكلم كل فريق بنوع فذكروا له ذلك حيث استقبلوه فقال من غير فكر ولا روية أسقطوا السهم الدائر تصح المسئلة .

مثاله : مريض وهب عبدا له من مريض وسلمه إليه ثم وهبه من الواهب الأول وسلمه إليه ثم ماتا جميعا ولا مال لهما غيره فإنه وقع فيه الدور متى رجع إليه شيء منه زاد فى ماله ، وإذا زاد فى ماله زاد فى ثلثه ، وإذا زاد فى ثلثه زاد فيما يرجع إليه ، وإذا زاد فيما يرجع إليه زاد فى ثلثه ، ثم لايزال كذلك فاحتيج إلى تصحيح الحساب .

وطريقه : أن تطلب حسابا له ثلث وللثلث ثلث ، وأقله تسعة ، ثم تقول : صحت الهبة فى ثلاثة منها ويرجع من الثلاثة سهم إلى الواهب الأول فهذا السهم هو سهم الدور فأسقطه من الأصل يبقى ثمانية فمنها تصح ، وهذا معنى قول أبى حنيفة أسقطوا السهم الدائر ، وتصح الهبة فى ثلاثة من ثمانية والهبة الثانية فى سهم ، فيحصل للواهب الأول ستة ضعف ما صححنا فى هبته ، وصححنا الهبة الثانية فى ثلث ما أعطينا ، فثبت أن تصحيحه بإسقاط سهم الدور ، وقيل دع الدور يدور فى الهواء اه ملخصا (قوله والميم موت أحد العاقدين) يعنى حرف الميم إشارة إلى أن موت أحدهما مانع إن كان بعد التسليم ، لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته فصار كما إذا انتقل حال حياته ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد إذ هو ما أوجبه وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث كخيار الشرط ، ولأن الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب . فإن قلت : إنه بالموت قد خرج الموهوب عن الملك فيستغنى بذكر الخاء عن الميم . أجيب بأن الميت يعطى حكم الحى فى أشياء كحق التجهيز والتكفين وقضاء الدين ، وتنفيذ الوصية فربما يظن أن الهبة من تلك الأشياء فكان النص صريحا على الموت أولى ، ولينظر ما لو حكم بلحاقه مرتدا ومفاد ما ذكر من التعليل أنه لو حكم بلحاقه مرتدا فالحكم كذلك وليراجع صريح النقل والله تعالى أعلم (قوله بعد التسليم) قيد به لأنه لو مات أحدهما قبله بطلت لعدم الملك ، ورجوع المستأمن إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت ، فإن كان الحربى أذن للمسلم فى قبضه وقبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحسانا ، بخلاف قبضه بعد موت الواهب كذا فى المبسوط بحر (قوله بطل) يعنى عقد الهبة والأولى بطلت : أى لانتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة (قوله ولو اختلفا) أى الشخصان لابقيد الواهب والموهوب له ، وإن كان التركيب يوهمه بأن قال وارث الواهب ما قبضته فى حياته وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضته فى حياته والعبد فى يد الوارث ط (قوله والعين فى يد الوارث) هذا ليس بقيد لما فى الهندية عن الذخيرة . قال المدعى

وقد نظم المصنف مايسقط بالموت فقال :

كفارة ديه خـراج ورابع ضمان العتق هـكذا نفقات
كذا هبة حكم الجميع سـقوطها . . . .

عليه : وهب لك والدى هذا العين فلم تقبضه إلا بعد موته ، وقال الموهوب له : قبضته فى حياته والعين فى يد الذى يدعى الهبة فالقول للوارث ، لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض اه منح وبحر وفيه تأمل ط وقدمناه قريبا ولم يظهر لى وجه التأمل (قوله وقد نظم المصنف الخ) لم يذكره فى المنح .

قال الحلبى : وهو من الطويل من الضرب الثالث منه والجزء الأول فيه الثلم والجزء الثانى مقبوض مع تسكين هاء ديه ولو زاد واوا وسكن الياء من ديه لسلم من العلل ط ولو زاد الواو(١) فى أوله وشدد الياء مع سكون الهاء فى ديه لكان أولى ، وفيه ما فيه لأن الواو يجوز حذفها ، ولو قال : * خراج ديات ثم كفارة كذا * لاستقام وزنه وصح معناه أو قال : * زكاة كذا عشر خراج ورابع * لاستقام أيضا .

(قوله كفارة) أطلق فيها فعم كل كفارة وظاهره أنها تسقط بالموت أصلا حتى لايخرج عنه من ماله ، ولا يجب الوصية به وهذا خلاف ما نص عليه الشرنبلالى ، فإنه قال فى نور الإيضاح وشرحه الصغير فى أحكام إسقاط الصلاة : ولزمه عليه الوصية بما قدر عليه وبقى فى ذمته حتى أدركه الموت من صوم فرض، وكفارة وظهار وجناية على إحرام ومنذور فيخرج عنه وليه من ثلث ما ترك ، وإن لم يوص لايلزم الوارث الإخراج ، وعلى هذا دين صدقة الفطر أوالنفقة الواجبة والخراج والجزية والكفارات المالية والوصية بالحج والصدقة المنذورة والاعتكاف المنذور عن صومه اه مختصرا فإن أراد أنه إذا مات لا يطالب الوارث بها من تركته صح ، أما الذى وجبت بإيصائه فيطالب بإخراجها شرعا ط .

وفى شرح السراجية : وإن كان الدين من حقوق الله تعالى كالزكاة والصلاة والصوم وحجة الإسلام والنذر والكفارة ، فإن أوصى به الميت وجب عندنا تنفيذه من ثلث ماله الباقى بعد دين العباد ، وإن لم يوص لم يجب اه وعليه فمعنى سقوطها بالموت عدم وجوب إخراجها من التركة بلا وصية ، أما إذا أوصى بها فيطالب بإخراجها شرعا (قوله ديه) أى على العاقلة أو على نفس القاتل إن لم يكن له عاقلة هكذا يفيد إطلاقه ط (قوله خراج) يعم خراج الرأس والأرض وقد علمت من نقل الشرنبلالى أنه يوصى بهما ويخرجان من الثلث .

قال المصنف فى باب العشر : من عليه عشر أو خراج إذا مات أخذ من تركته ، وفى رواية لا بل يسقط بالموت والأول ظاهر الرواية (قوله ضمان لعتق) أى إذا أعتق أحد الشريكين حفظه من عبد موسرا فضمنه شريكه فمات المعتق سقط بموته (قوله هكذا نفقات) أى غير المستدانة بأمر القاضى . وفى حاشية أبى السعود : المراد من النفقة التى تسقط غير المستدانة بأمر القاضى ، أما هى فقد جزم فى الظهيرية بعدم السقوط ، وصححه فى الذخيرة ونسبه إلى كافى الحاكم ، وعلله بأن للقاضى ولاية عامة فكانت استدانتها بأمره بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ، ولو استدان بنفسه لايسقط ذلك الدين بموت أحدهما ، فكذا هذا وقد تقدم فى النفقات الكلام على هذا مستوفى ، وكذا فى رسالة سيدى الوالد رحمه الله تحرير النقود فى نفقات الفروع والأصول فارجع إليها فإنها فريدة فى بابها ولم يسبق(٢) على منوالها (قوله كذا هبة) يعنى إذا وهب ولم يسلم حتى مات فإنها تبطل .

---

(١) (قوله ولو زاد الواو الخ) يتأمل فى هذا الموضع اه .
(٢) (قوله ولم يسبق) كذا بالأصل ولعله ولم ينسج اه مصححه .

. . . . . . بموت لمـا أن الجميع صلات

(والعين العوض) بشرط أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض كل هبته (فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها) أو فى مقابلتها ونحو ذلك (فقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو لم يذكر أنه عوض رجع كل بهبته (و) لذا (يشترط فيه شرائط الهبة) كقبض

(قوله لما أن الجميع صلات) أى أو فى حكمها كالخراج ، وقد علمت أنه ليس محصورا فيما ذكره من الخمسة كما علمت مما مر فتأمل ، ولأن الصلات لا تتم إلا بالتسليم ،وإذا مات قبل التسليم تسقط .

فإن قيل : لو كانت النفقة صلة كيف يجبر الزوج على التسليم .

قلنا : يجوز أن يجبر ألا ترى أن من أوصى أن يوهب عبده من فلان بعد موته ثم مات الموصى ، فإن الورثة يجبرون على تنفيذ الوصية فى العبد وإن كان صلة ، ولو مات العبد تبطل الوصية وكذا الشفيع يستحق على المشترى تسليم الدار إليه بالشفعة والشفعة صلة شرعية ، ولو مات الشفيع بطلت الشفعة كما فى شرح أدب القضاء (قوله بشرط أن يذكر لفظا الخ) لأن حق الرجوع ثابت له ولا يسقط إلا بعوض يرضى به ، ولا يتم ذلك بدون رضاه. وفى الجوهرة ما يفيد أنه يكفى العلم بأنه عوض هبته ط .

قال فى الخانية : وهب لرجل عبدا بشرط أن يعوضه ثوبا إن تقابضا جاز وإلا لا اه (قوله خذه عوض هبتك) أفاد أنه لو وهب له شيئا أو تصدق عليه ولم يذكر أنه عوض لا يسقط الرجوع بل لكل منهما أن يرجع فى هبته كذا فى البحر ، لكن يؤيد كلام الجوهرة المذكور ما يأتى عن اليعقوبية الآتى قريبا فتأمل .

وفى أبى السعود بعد أن ذكر ما نقلناه عن البحر وهو صريح فى عدم الفرق بين الهبة والصدقة فيخالف ما قدمناه من أنه إذا كان الموهوب له فقيرا ليس له الرجوع لأنها صدقة ، اللهم إلا أن يحمل ما هنا على أن المتصدق عليه غنى فتزول المخالفة لأنها حينئذ تكون مجازا عن الهبة (قوله ونحو ذلك) أى من كل لفظ يفيد التعويض : وفى الخانية إذا عوض بعد الهبة وقال هذا ثواب هبتك أو مكانها أو كافأتك أو أثبتك أو تصدقت بها عليك بدلا عن هبتك لا يبقى للواهب الرجوع (قوله سـقط الرجوع) أى رجوع الواهب والمعوض كما فى الأنقروى وإليه يشير مفهوم الشارح (قوله ولو لم يذكر أنه عوض) أى فيكون هبة مبتدأة كما فى الزيلعى (قوله رجع كل بهبته) برفع كل منونا عوضا عن المضاف إليه لأن التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك مستصفى ، لكن قد يقال : إن الأصل أن المعروف كالملفوظ كما صرح به فى الكافى ، وفى العرف يقصد التعويض ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحوه استحياء فينبغى أن لا يرجع ، وإن لم يذكر البدلية .

وفى الخانية : بعث إلى امرأته هدايا وعوضت المرأة وزفت إليه ثم فارقها فادعى الزوج أن ما بعثه عارية وأراد أن يسترد وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول للزوج فى متاعه لأنه أنكر التمليك ، وللمرأة أن تسترد ما بعثته إذ تزعم أنه عوض للهبة فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضا فلكل منهما استرداد متاعه ، وقال أبو بكر الإسكاف : إن صرحت حين بعثت أنه عوض فكذلك ، وإن لم تصرح به ولكن نوت أن يكون عوضا كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها ، ولا يخفى أنه على هذا ينبغى أن يكون فى مسألتنا اختلاف يعقوبية (قوله ولذا الخ) قال ط : الأولى حذف لذا لأنه جعله مرتبطا بما زاده وإبقاء المصنف على ظاهره لأنه يفيد

وإفراز وعدم شيوع ولو العوض مجانسا أو يسيرا وفى بعض نسخ المتن بدل الهبة : العقد وهو تحريف (ولا يجوز للأب أن يعوض عما وهب للصغير من ماله) ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع بحر (ولا يصح تعويض مسلم من نصرانى عن هبته خمرا أو خنزيرا) إذ لا يصح تمليكا من المسلم بحر (ويشترط أن لا يكون

حكم ما ذكره الشارح بالأولى اه نعم هو تعليل لما يفهم من قوله : رجع كل بهبته فإنه حيث سمى العوض هبة لأنه تمليك جديد وإن سمى عوضا شرط له ما يشترط للهبة (قوله وإفراز) عن مال المعوض فإنه إن عوضه ثمرا على شجر لا يتم حتى يفرزه .

وفى الهندية إن العوض المتأخر حكمه حكم الهبة يصح بما تصح به ويبطل بما تبطل به إلا فى إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع فى الأولى ولا يثبت فى الثانية اه وهذا يدل على أن العوض لا يشترط فى عقد الهبة ط (قوله ولو العوض مجانسا) أى من جنس الهبة ويسيرا أى أقل منها ، وذلك لأن العوض ليس ببدل حقيقة إذ لو كان كذلك لما جاز بالأقل للربا يحقق ذلك أن الموهوب له مالك للهبة والإنسان لا يعطى بدل ملكه لغيره ، وإنما عوضه ليسقط حقه فى الرجوع ، وأيضا فإنه لما كان العوض تمليكا جديدا وفيه معنى الهبة المبتدأة ولذا شرط فيه شرائطها فيجوز بأقل من الموهوب ، ولو من جنسه لا فرق بين الأموال الربوية وغيرها ، ولو كان عوضا من كل وجه لامتنع فى الأموال الربوية إلا مثلا بمثل يدا بيد عند اتحاد الجنس (قوله وهو تحريف) لكن قد يقال على هذه النسخة أنه أراد بالعقد عقد الهبة فأل للعهد الحضورى ويراد به المعقود عليه :

والحاصل : أنه لا ملجىء إلى الحكم عليه بالتحريف مع إمكان صحته إذ الأصل فى اللام أن تكون للعهد والعقد المعهود هو الذى بوب له ، وهو عقد الهبة فكان معنى النسختين معتمدا تأمل (قوله ولا يجوز للأب الخ) لأنه تبرع ابتداء وليس له أن يتبرع من مال الابن ، فإن عوض فللواهب أن يرجع فى هبته لبطلان التعويض بزازية ، وهذه العلة تفيد أن الأب يرجع بما عوض ، لأنه هبة من كل وجه فصح الرجوع به والظاهر عدم كراهة الرجوع فيه ، لأنه لم يتبرع فيه ابتداء ، بل لقصد التعويض ولم يتم له فكان كما لو استحق الموهوب فإنه يرجع بالعوض ، فكذا هنا ولا يجوز له التعويض ، وإن كانت الهبة للصغير بشرط التعويض كما فى الهندية ومما يتفرع على كون العوض بمعنى الهبة أنه لا يجوز لأنها تبرع ، وليس للأب أن يتبرع بمال ابنه وله مندوحة عن رجوع الواهب فى الهبة مع أن المسلم له مانع من دينه أن يرتكب المكروه ومع ذلك لو باع العين الموهوبة للصغير امتنع الرجوع وله ذلك فى المنقول ، فإن جاز له ذلك فى العقار أيضا للضرورة تزاد على المسائل التى يباع فيها عقار الصغير (قوله من ماله) الضمير يرجع لأقرب مذكور لا سيما وقد علم من صريح عبارة البزازية ، ولو كان العوض من مال الأب صح لما مر ، وسيأتى من صحة التعويض من الأجنبى (قوله ولو وهب العبد) أى وهب له شخص ووهب بضم الواو مبنى للمجهول : أى وهب له شخص شيئا (قوله ثم عوض) أى عوض العبد عن هبته (قوله فلكل منهما الرجوع) وجهه فى العبد ظاهر لأن الهبة تبرع ، وهو ليس من أهله فإذا ملك العبد الرجوع لبطلان الهبة فكذا للموجب له الرجوع بالعوض ، لأن التعويض مبنى على الهبة ، وقد بطلت أبو السعود ويحتمل أن وهب مبنى للفاعل وعوض مبنى للمفعول :

قال فى الخانية : العبد المأذون إذا وهب لرجل فعوضه الموهوب له كان لكل واحد منهما أن يرجع فيما دفع لأن هبة العبد باطلة مأذونا كان أو محجورا ، وإذا بطلت الهبة بطل التعويض (قوله من نصرانى) من هنا بمعنى اللام (قوله خمرا) مفعول تعويض ومفعول هبة محذوف وهو من إضافة المصدر لفاعله والمعنى لا يجوز

العوض بعض الموهوب فلو عوضه البعض عن الباقى) لايصح (فله الرجوع فى الباقى) ولو الموهوب شيئين فعوضه أحدهما عن الآخر إن كانا فى عقدين صح وإلا لا لأن اختلاف العقد كاختلاف العين والدراهم تتعين فى هبة ورجوع مجتبى (ودقيق الحنطة يصلح عوضا عنها) لحدوثه بالطحن وكذا لو صبغ بعض الثياب أولت بعض السويق ثم عوضه صح خانية (ولو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد) ذلك الولد (بعد الهبة امتنع الرجوع وصح) العوض (من أجنبى ويسقط حق الواهب فى الرجوع إذا قبضه) كبدل الخلع (ولو التعويض (بغير إذن الموهوب له) ولا رجوع ولو بأمره إلا إذا قال: عوض عنى على أنى ضامن لعدم وجوب التعويض

أن يعوض المسلم خمرا أو خنزيرا إذا وهب له النصرانى شيئا لأنا نهينا عن تمليك الخمر والخنزير وتملكهما فللذمى أن يرجع فى هبته قال الطحطاوى والظاهر أنه لو كانت المسألة بالعكس يكون الحكم كذلك ويحرر .

قال فى الهندية : وأهل الذمة فى الهبة بمنزلة المسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات إلا أنه لاتجوز المعاوضة بالخمر من الهبة فيما بين المسلم والذمى ، سواء كان المسلم هو المعوض الخمر أو الذمى ثم ذكر ذمى وهب لمسلم شيئا فعوضه خمرا له الرجوع فى هبته اه (قوله بعض الموهوب) قال فى العناية : مثل أن يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فإنه لاينقطع به حق الرجوع لأنا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فإنه قال التحق بذلك سائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا هذا وتمامه فيها (قوله فله الرجوع فى الباقى) لأن حقه كان ثابتا فى الكل فإذا وصل إليه بعضه لايسقط حقه فى الباقى زيلعى (قوله صح) سواء كانا فى مجلس أو مجلسين بحر (قوله وإلا لا) هى مسألة المصنف (قوله فى هبة) يعنى إذا وهبه دراهم تعينت فلو أبدلها بغيرها كان إعراضا منه عنها فلو أتى بغيرها ودفعه له فهو هبة مبتدأة وإذا قبضها الموهوب له وأبدلها بجنسها أو بغير جنسها لارجوع عليه ، ومثل الدراهم والدنانير ط (قوله ورجوع) أى ليس له أن يرجع إلا إذا كانت دراهم الهبة قائمة بعينها ، فلو أنفقها كان إهلاكا يمنع الرجوع ط (قوله لحدوثه بالطحن) أى فهو غير الحنطة فلا يقال إنه عين الموهوب أو بعضه ، ولذا لو وهب الدقيق فى الحنطة ثم طحنه وسلمه لم يصح ، لأنه لما وهبه كان معدوما حين الهبة كما قدمنا (قوله وكذا لو صبغ) لأن الشىء مع غيره غيره مع نفسه فالثوب المصبوغ والسويق الملتوت بالسمن غيرهما خاليين عن الصبغ واللت ولأن مافى الثوب من الصبغ ، وما فى السويق من السمن ونحوه يصلح عوضا (قوله ثم عوضه) أى البعض أى جعله عوضا عن الهبة صح لحصول الزيادة فيه فكأنه شىء آخر (قوله امتنع الرجوع) لأنه ليس له الرجوع فى الولد فصح العوض اه منح والظاهر أن ذكر الجاريتين اتفاقى ، والأولى للمصنف التعبير بإحدى ، وهو كذلك فى بعض النسخ ط (قوله وصح العوض من أجنبى) أى دفعه لأن الموهوب له لايحصل له بهذا العوض شىء لم يكن سالما له من قبل ، فيصح من الأجنبى كما يصح منه الخلع ، والصلح عن دم العمد اه زيلعى (قوله كبدل الخلع) أى كما يصح عن بدل الخلع من أجنبى وكان الأولى تقديمه على قوله وسقط كما فعل العينى (قوله ولا رجوع) أى للمعوض على الموهوب له ، ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أو لا ، لأن التعويض ليس بواجب عليه ، فصار كما لو أمره أن يتبرع لإنسان إلا إذا قال على أنى ضامن بخلاف المديون إذا أمر رجلا بأن يقضى دينه حيث يرجع عليه ، وإن لم يضمن لأن الدين واجب عليه منح (قوله ولو بأمره) يعنى لارجوع للأجنبى على الموهوب له ، ولو كان بأمره (قوله لعدم وجوب التعويض)

بخلاف قضاء الدين (و) الأصل أن (كل مايطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان ومالا فلا) إلا إذا شرط الضمان ظهيرية وحينئذ (فلو أمر المديون رجلا بقضاء دينه رجع عليه) وإن لم يضمن لوجوبه عليه لكن يخرج عن الأصل مالو قال أنفق على بناء دارى أو قال الأسير اشترنى فإنه يرجع فيها بلا شرط رجوع كفالة خانية مع أنه لايطالب بهما لابحبس ولا بملازمة فتأمل

علة لقوله ولا رجوع ، ولو بأمره (قوله بخلاف قضاء الدين) أى حيث يرجع الأجنبى على المدين إذا قضى بأمره أى ولو لم يقل إنى ضامن لأن الدين ثابت فى ذمته ، وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون أمرا بأن يملكه ماكان للطالب ، وهو الدين فصار كما لو أمره أن يملكه عينا ذكره الزيلعى قال الإتقانى والفقه فيه أنه لما أمره بقضاء الدين ، صار مستقرضا منه ذلك القدر ، وموكلا إياه بالصرف إلى غيره لأنا لو لم نجعله كذلك لايتصور فراغ ذمته عما عليه ، لأن الذمة لاتفرغ إلا بالقضاء ، ولا يقع الفعل قضاء إلا إذا انتقل فى المؤدى إلى من عليه الدين أو لا حتى إذا قبض رب الدين ، وجب للمديون مثل ماعليه فيلتقيان قصاصا ، وهذا لايحتاج إليه فى الهبة لأنه لادين على الموهوب له حتى يحتاج إلى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا من هذا الوجه اهـ شلبى (قوله مايطالب به الإنسان) دخل فيه النفقة على الزوجة والأولاد (قوله بالحبس والملازمة) خرج بذلك الأمر بالتكفير عنه وأداء النذر فإنه وإن كان يطالب بهما ، لكن لا بالحبس والملازمة فليتأمل (قوله لكن) استدراك على قوله ومالا فلا (قوله بلا شرط رجوع) كأنه لأن العرف قاض بضمان مايدفع فى ذلك وقد ذكر هذا البحث المصنف وشيخه فى بحره . وأشار بقوله فتأمل إلى نظر فى وجه الاستثناء لكن قد يقال إن فداء الأسير والإنفاق على بناء الدار ملحقان بمال له مطالب يحبس به ، ويلازم عليه أما الأسير إذا لم يفد فهو كالرقيق تحت أيدى المشركين بل أعظم بلاء ، وربما يتعرضون لفتانته عن دينه ، ولا يقدر أن يتخلص إلا بالفداء فألحق بمال له مطالب وأما بناء الدار ، فإنه من جملة الحوائج الأصلية ، لأن عدم مكان يأوى إليه ويستر فيه أهله ويحفظ فيه ماله يؤدى إلى هلاكه فكان لابد له منه فألحق بماله مطالب أيضا نظيره ماقالوا فى الكفالة بالنوائب فهى صحيحة ، وإن كانت تؤخذ منه بغير حق لأنها تؤخذ منه فوق أخذ الحق فجازت الكفالة بها لدفع التضييق عليه فتأمل .

أقول : وقد ذكر الشارح قبل كفالة الرجلين أصلين آخرين أحدهما من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع ، وإن لم يشترطه كالآمر بالإنفاق عليه وبقضاء دينه إلا فى مسائل أمره بتعويض عن هبته وبإطعام عن كفارته ، وبأداء عن زكاة ماله وبأن يهب فلانا عنى ألفا ثانيهما فى كل موضع يملك المدفوع إليه المال مقابلا بملك مال ، فإن المأمور يرجع بلا شرط ، وإلا فلا فالمشترى أو الغاصب إذا أمر رجلا بأن يدفع الثمن أو بدل الغصب إلى البائع أو المالك كان المدفوع إليه مالكا للمدفوع بمقابلة مال هو المبيع أو المغصوب ، وظاهره أن الهبة لو كانت بشرط العوض ، فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال ، بخلاف مالو أمره بالإطعام عن كفارته أو بالإحجاج عنه ونحوه ، فإنه ليس بمقابلة مال فلا رجوع للمأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع ، ويرد عليه الأمر بالإنفاق عليه ، فإنه قدم أنه يرجع بلا شرط مع أنه ليس بمقابلة مال ، فلا رجوع للمأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع ، وكذا الأمر بأداء النوائب وبتخليص الأسير على مامر .

قال فى النوازل : قوم وقعت لهم مصادرة فأمروا رجلا أن يستقرض لهم مالا ينفقه فى هذه المؤنات ففعل فالمقرض يرجع على المستقرض ، والمستقرض هل يرجع على الآمر إن شرط الرجوع يرجع ، وبدون الشرط لايرجع ، والمختار : أنه يرجع تاترخانية فى كتاب الوصايا .

. . . .

وفى مجموعة النقيب عن العمادية : أن المأمور بالإنفاق من مال نفسه فى حاجة الآمر ، قال بعضهم : يوجب الرجوع إذا اشترطه وقال بعضهم : يوجب الرجوع من غير اشتراطه وهو الأصح .

ولو قال عوض عن هبتى أو أطعم عن كفارتى أو أد زكاة مالى أو وهب فلانا عنى ألفا لا يرجع بلا شرط الرجوع كما فى البزازية .

وذكر فى السراج الوهاج ضابطا آخر أن الواهب الذى سقط عن الآمر بدفع المأمور إن كان من أحكام الآخرة فقط لم يرجع بلا شرط الرجوع ، لأنه لو رجع لرجع بأكثر مما أسقط وإن كان من أحكام الدنيا رجع بلا شرط اه وقيد هذا فى الخلاصة بما إذا قال ادفع مقدار كذا إلى فلان عنى ؛ فلو لم يقل عنى أو ادفعه فإنى ضامن فدفع المأمور إن كان شريك الآمر أو خليطه وتفسيره ، بأن يكون بينهما فى السوق أخذوا عطاء ومواضعة ، فإنه يرجع على الآمر بالإجماع وكذا لو كان الآمر فى عيال المأمور أو المأمور فى عيال الآمر ، وإن لم يوجد واحد من هذه الثلاثة ، فلا رجوع عليه ، وعند أبى يوسف يرجع ، وهذا إذا لم يقل اقض عنى ، فإن قال : ثبت له حق الرجوع بالإجماع من مجموعة النقيب .

قال فى الخانية : ذكر فى الأصل إذا أمر صيرفيا فى المصارفة أن يعطى رجلا ألف درهم قضاء عنه أو لم يقل قضاء عنه ففعل المأمور ، فإنه يرجع على الآمر فى قول أبى حنيفة ، فإن لم يكن صيرفيا لا يرجع إلا أن يقول : عنى ، ولو أمره بشرائه أو بدفع الفداء يرجع عليه استحسانا ، وإن لم يقل على أن ترجع على بذلك وكذا لو قال أنفق من مالك على عيالى أو فى بناء دارى يرجع بما أنفق وكذا لو قال : اقض دينى يرجع على كل حال ، ولو قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه ، وإن لم يشترط الرجوع هو الصحيح اه .

والحاصل : أنه إذا قال اقض دينى أو نائبتى أو اكفل لفلان بألف على أو انقده بألف على أو اقض ماله على أو انفق على عيالى أو فى بناء دارى يرجع مطلقا شرط الرجوع أو لا قال عنى أو لا ، وكذا لو قال ادفع إلى فلان كذا وكان المأمور صيرفيا أو خليطا للآمر أو فى عياله وإلا فلا مالم يقل عنى ، أو على أنى ضامن بخلاف مالو قال : هب لفلان عنى ألفا أو أقرضه ألفا ، أو عوّضه عنى أو كفر عن يمينى بطعامك أو أد زكاة مالى بمالك أو أحج عنى رجلا أو أعتق عنى عبدا عن ظهارى فلا رجوع إلا بشرطه ، وإن كان المأمور خليطا أو قال : عنى فجملة هذه المسائل أربعة أقسام .

الأول : مايرجع به المأمور مطلقا .

الثانى : مايرجع إن كان صيرفيا أو خليطا له أو فى عياله .

الثالث : مايرجع إن قال عنى .

الرابع : مالا رجوع فيه إلا بشرط الرجوع ، وقد لخص سيدى الوالد رحمه الله تعالى هذا الحاصل من كلام الخانية والخلاصة ، فهذه المسائل منصوص عليها فى الخانية والخلاصة وبها يستغنى عن الأصول المارة لأنها غير ضابطة ، وكذا الأصل الذى ذكرناه عن الشارح ، وهو من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع الخ فإنه غير ضابط أيضا لأنه لايشمل الأمر بالإنفاق فى بناء داره وبشراء الأسير وقضاء النائبة ولشموله الواجب الأخروى كالأمر بأداء زكاته ونحوه .

وفى نور العين عن مجمع الفتاوى : أمر أحد الورثة إنسانا بأن يكفن الميت فكفن إن أمره ليرجع عليه

(وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وعكسه لا مالم يرد مابقى) لأنه يصلح عوضا ابتداء فكذا بقاء لكنه يجبر ليسلم العوض ومراده العوض الغير المشروط ، أما المشروط فبادلة كما سيجيء فيوزع البدل على المبدل نهاية (كما لو استحق كل العوض حيث يرجع فى كلها إن كانت قائمة لا إن كانت هالكة) كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع خلاصة (وإن استحق جميع الهبة كان له أن يرجع فى جميع العوض إن كان قائما وبمثله إن) العوض (هالكا وهو مثلى وبقيمته إن قيميا) غاية (ولو عوض النصف رجع بمالم يعوض) ولا يضر الشيوع لأنه طارىء.

[تنبيه] نقل فى المجتبى : أنه يشترط فى العوض أن يكون مشروطا فى عقد الهبة أما إذا عوضه بعده فلا

يرجع عليه كما فى أنفق فى بناء دارى وهو اختيار شمس الإسلام وذكر السرخسى أن له أن يرجع بمنزلة أمر القاضى .

وفيه عن الذخيرة قال : ادفع إلى فلان قضاء له ولم يقل عنى أو قال : أقض فلانا ألفا ولم يقل عنى ، رلا على أنى ضامن لها أو كفيل بها ، فدفع ، فلو كان المأمور شريكا للآمر أو خليطا له رجع على آمره ، ومعنى الخليط : أن يكون بينهما أخذ وإعطاء أو مواضعة على أنه متى جاء رسول هذا أو وكيله يبيع منه أو يقرضه فإنه يرجع على الآمر إجماعا إذ الضمان بين الخليطين مشروط عرفا إذ العرف أنه إذا أمر شريكه أو خليطه بدفع مال إلى غيره بأمره يكون دينا على الآمر والمعروف كالمشروط ، وكذا لو كان المأمور فى عيال الآمر أو بالعكس يرجع إجماعا ، وإن لم يقل على أنى ضامن ولم يشترط الرجوع اه : وأفاد التعليل بالضمان عرفا أن ما جرى به العرف فى الرجوع على الآمر يرجع وإن لم يكن خليطا ، ولا فى عياله ولذا أثبتوا الرجوع للصيرفى فليحفظ (قوله وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يدفعه إلا ليسلم له الموهوب كله ، فإذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات درر :

قال السمرقندى ، وهذا إذا استحق نصف معين أما إذا لم يكن معينا تبطل الهبة أصلا كذا فى الشرح اه .

وقال فى الجوهرة : وهذا أى الرجوع فيما إذا لم يحتمل القسمة وإن فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل فى الباقى ويرجع فى العوض أى لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق فبطل العقد فيه من الأصل فلو جاز فى الباقى كان هبة مشاع فيما يحتمل القسمة ، وذلك يمنع ابتداء التمليك بالهبة أشار إليه سرى الدين (قوله وعكسه لا) أى أن استحق نصف العوض لا يرجع بنصف الهبة لأنه ليس عوضا حقيقة على ما تقدم ، ولأن النصف الباقى مقابل لكل الهبة فإن الباقى يصلح للعوض ابتداء فكذا بقاء إلا أنه يتخير (قوله ليسلم العوض) الأولى أن يقول : لأنه لم يسلم له العوض فتأمل (قوله الغير المشروط) أى فى عقد الهبة (قوله أما المشروط) أى فى العقد (قوله فيوزع) لأنه بيع (قوله كما لو استحق) تنظير لمفهوم قوله ما لم يرد ما بقى فإن مفهومه أنه إذا رد ما بقى رجع بكل الهبة (قوله لا إن كانت هالكة) فإن استحق العوض والهبة هالكة لا يرجع الواهب على الموهوب له أصلا لأن هلاك الهبة مانع من الرجوع اه شلبى أى وقد هلكت على ملكه واستحال الرجوع فيها ، فاستوى فى ذلك التعويض وعدمه ط (قوله لم يرجع) أى الواهب على الموهوب له ببدل العوض لأن الزيادة مانعة من الرجوع كالهلاك (قوله رجع مالم يعوض) لأن المانع قد خص النصف (قوله ولا يضر الشيوع) أى الحاصل بالرجوع فى النصف .

قال فى البزازية : عوضه فى بعض هبته بأن كانت ألفا عوضه درهما منه فهو فسخ فى حق الدرهم ، و رجع

ولم أر من صرح به غيره وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر .

فى الباقى وكذا البيت فى حق الدار (قوله ولم أر من صرح به غيره) قائله المصنف فى منحه وفيه بل صرحوا بأن العوض قسمان . قال سرى الدين : جعل صاحب البدائع والمحيط العوض على نوعين : عوض مشروط فى العقد وسيأتى فى كلام المصنف آخر مسئلة من هذا الباب ، وعوض متأخر عن العقد : وهو ما ذكره المصنف والعين للعوض أى المتأخر اه وقد عقد صاحب الهندية بابا مستقلا لهما : ويفرق بينهما بما ذكر هنا من أنه إن لم يكن مشروطا ، واستحق بعضه فإنه يمتنع الرجوع ، وإن كان مشروطا انقسم على الهبة ط .

قال فى مشتمل الأحكام ناقلا عن مختصر المحيط : العوض المانع إن كان مشروطا فى العقد فلكل واحد الامتناع ما لم يتقابضا فهو بمنزلة البيع يردان بعيب ويجب له الشفعة ، ولو كان العوض متأخرا عن العقد إن أضافه إلى الهبة بأن قال : هذا عوض هبتك أو جاريتك يصح ويكون العوض هبة يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة ويتوقف الملك على القبض ولا يكون فى معنى المعاوضة ابتداء ولا انتهاء فأما إذا لم يضف العوض إلى الهبة فلكل واحد منهما الرجوع بما وهب ، ونقل عن شرح مختصر القدورى العوض إذا لم يكن مشروطا فى العقد فهو هبة فى نفسه فيتوقف الملك على القبض : ولا يصح الشيوع ، وفى حق الأول يعتبر عوضا ثم يسقط به الرجوع فما فى مختصر المحيط موافق للمجتبى بأحد وجهيه . وفى غاية البيان قال أصحابنا : إن العوض الذى يسقط به الرجوع ما شرط فى العقد ، فأما إذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع ، لأنه غير مستحق على الموهوب اه وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة ، وليس كذلك إذا شرط فى العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع ، ويتعلق به الشفعة ويرد بالعيب فدل أنه قد صار عوضا عنها ، وقالوا أيضا : يجب أن يعتبر فى العوض الشرائط المعتبرة فى الهبة من القبض ، وعدم الشيوع لأنه هبة كذا فى شرح الأقطع .

وقال فى التحفة : فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير فى معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء وإنما يكون الثانى عوضا عن الأول بالإضافة إليه نصا كهذا عوض عن هبتك : فإن هذا عوض إذا وجد القبض ويكون هبة يصح ويبطل بما تصح ، وتبطل به الهبة ، وأما إذا لم يضف إلى الأولى يكون هبة مبتدأة ويسقط حق الرجوع فى الهبتين جميعا انتهى مع بعض اختصار ، ومفاده أنهما قولان أو روايتان الأول : لزوم اشتراطه فى العقد والثانى : لا بل لزوم الإضافة إلى الأولى ، وهذا الخلاف فى سقوط الرجوع ، وأما كونه بيعا انتهاء فلا نزاع فى لزوم اشتراطه فى العقد تأمل ، وسنذكر آخر الفصل فى الفروع بيان العوض مفصلا عن الهندية إن شاء الله تعالى فراجعه (قوله وفروع المذهب مطلقة كما مر) من دقيق الحنطة وولد إحدى جاريتين .

قال فى المنح : منها ما قدمناه من أن دقيق الحنطة يصلح عوضا منها ومنها ما تقدم من أنه لو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فإنه يمتنع الرجوع اه (قوله فتدبر) قال العلامة أبو السعود قلت : الظاهر أن الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل ، لا مطلقا ، وحينئذ فما فى المجتبى لا يخالف إطلاقه فروع المذهب فتأمل انتهى .

لكن قال العلامة السائحانى : أقول : بل فروع المذهب صريحة فى ضده كما قدمته عن الخانية وكما قدمه الشارح فى قوله ومراده العوض الغير المشروط ، فلا تلتفت لما فى المجتبى ثم ظهر أن المراد بعدم كونه

(والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) ولو بهبة إلا إذا رجع الثانى فللأول الرجوع سواء كان بقضاء أو رضا لما سيجىء أن الرجوع فسخ حتى لو عادت بسبب جديد بأن تصدق بها الثالث على الثانى أو باعه منه لم يرجع الأول؛ ولو باع نصفه رجع فى الباقى لعدم المانع .

وقيد الخروج بقوله (بالكلية) بأن يكون خروجا عن ملكه من كل وجه .

ثم فرع عليه بقوله (فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها وصارت لحما لا يمنع الرجوع) ومثله المتعة والقران والنذر مجتبى .

وفى المنهاج: وإن وهب له ثوبا فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع خلافا للثانى (كما لو ذبحها من غير تضحية)

عوضا أنه لا يجعل الهبة بيعا انتهاء، ثم رأيت شيخنا أجاب بنظير هذا انتهى فتأمل (قوله خروج الهبة) لأنه حصل بتسليط الواهب، فلا ينقضه أطلق فى الخروج فشمل ما إذا وهب لإنسان دراهم ثم استقرضها منه فإنه لا يرجع فيها لاستهلاكها خانية ، وشمل أيضا ما لو وهب لمكاتب إنسان، ثم عجز المكاتب لم يرجع المالك فى الهبة عند محمد لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاه خلافا لأبى يوسف كما فى المنح (قوله سواء كان) أى رجوع الثانى (قوله فسخ) فإذا عاد إلى الواهب الثانى ملكه عاد بما كان متعلقا به (قوله لم يرجع الأول) لأن حق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك درر عن المحيط (قوله ولو باع نصفه الخ) مرتبط بالمصنف؛ ويظهر فى صورة تكرر الهبة أيضا قال فى المحيط البرهانى : ولو وصل إلى الواهب الثانى بهبة أو إرث أو وصية أو شراء أو ما أشبه ذلك لم يكن للواهب الأول أن يرجع (قوله فلو ضحى الخ) أما لو طبخها بعد أن ضحى بها أو بدون التضحية ينبغى أن لا يرجع لأنه بمنزلة الاستهلاك كما علم فى باب الغصب (قوله لا يمنع الرجوع) وتجزيه عن الأضحية والمتعة عند محمد، وليس له الرجوع فى قول أبى يوسف والصحيح أن قول الإمام كقول محمد هندية عن المحيط قال ط وسكت عن النذر والظاهر عدم الإجزاء لعدم الوفاء بالنذر اهـ .

قال السائحانى : ويظهر أنها تجزئ عن النذر والقران أما على رواية أنها غير فسخ من الأصل إذا لم تكن بقضاء فظاهر ، وأما على غيرها فلأن هذه الأشياء غير محسوسة، حتى يتأتى فيها النقض ، وصرحوا بأن الزكاة لا تعود وكذا الشفعة فيما لو وهب المال قبل الحول ثم رجع بعده وفيما لو رجع بعد ما وهب الدار وبيعت دار بجوارها وسيأتى :

ووهب شاة راجع بعد ذبحها   فيجزىء من ضحى عليها ويؤجر

وهذا البيت تصريح ببعض ما ظهر لى اهـ .

أقول : ولأنه وإن لم يبح له أكل المنذور لكنه باق على ملكه بعدم الذبح ولذا يتصدق به والصدقة لا تكون إلا بما هو ملكه تأمل (قوله والنذر) لعله أراد به هنا المطلق فلا يتكرر مع المصنف أو يقال إنما كررها بعد ذكر المتن لها ، لأنه نقل عبارة المجتبى برمتها تأييدا لما فى المتن (قوله فجعله) أى الموهوب له (قوله فله الرجوع) ما لم يقبضه للمتصدق عليه ولو وهب له شيئا وقبضه فاختلسه الواهب واستهلكه غرم قيمته للموهوب له ، ولو كان شاة فذبحها الواهب بعد قبض الموهوب له يأخذ الشاة المذبوحة من غير تغريم، بخلاف ما لو كان ثوبا فقطعه الواهب ، فإن الموهوب له يأخذ الثوب ، ويغرم الواهب له ما بين القطع والصحة هندية (قوله خلافا للثانى) أى فلا يمتنع الرجوع عنده ، والخلاف يجرى أيضا فى مسئلة الأضحية وما عطف عليها كما هو فى المجتبى . ولذا قال : فيما لو ذبحها من غير تضحية له الرجوع اتفاقا أى لم يخالف فيها أبو يوسف ،

فله الرجوع اتفاقا .

[فرع] : عبد عليه دين أو جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه أولولى الجناية سقط الدين والجناية ثم لو رجع صح استحسانا ولا يعود الدين والجناية عند محمد ورواية عن الإمام كما لايعود النكاح لو وهبها لزوجها ثم رجع خانية (والزاى الزوجية وقت الهبة

لأنها لم تخرج عن ملكه أصلا ، وفى التضحية : خرجت لله تعالى وهما يقولان وإن وقعت التضحية لله تعالى لكنها إنما وقعت القربة بإراقة الدم ، ولذا له أن يأكل لحمها ، فلم تخرج عن ملكه بالكلية وهذا ظاهر فى الأضحية وأما فى النذر فكذلك كما علمت (قوله فله الرجوع اتفاقا) لأنها لم تخرج عن ملكه أصلا (قوله سقط الدين والجناية) كما قدمناه .

وصورة المسئلة : رجل له على عبد دين فوهبه مولاه لصاحب الدين وقبله سقط دينه لأن بقبوله الهبة كان راضيا بإسقاط حقه فى الدين وأرش الجناية لأنهما يتعلقان برقبة العبد ولا يرجع على العبد بشىء لأن السيد لايستوجب حقا على عبده (قوله ثم لو رجع) أى الواهب فى هبته (قوله صح استحسانا) وفى القياس لايصح رجوعه فى الهبة لأنه رضى بسقوط حقه ليسلم له العبد فكان بمنزلة العوض ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة والمعلى عن أبى يوسف ، وهشام عن محمد ، وعلى قول أبى يوسف : إذا رجع فى الهبة يعود الدين والجناية وأبو يوسف استفحش قول محمد ، وقال : أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهبه مولاه منه فقبل الوصى وقبض فسقط الدين فإن رجع بعد ذلك لو قلنا : لا يعود الدين كان قبول الوصى الهبة تصرفا مضرا على الصغير ولا يملك ذلك ، ووجه الاستحسان أنه لم ينص على العوض فكان إسقاطا محضا ، وكانت الهبة خالية عن العوض لأن شرط العوض أن يقول : هو عوض عن هبتك كما مر ، ولم يوجد .

قال بعض الأفاضل : والذى يظهر ما قاله أبو يوسف لأن الشىء ينتهى بانتهاء علته وعلة سقوط الدين الملك ولم يبق الملك فيعود الدين كمن له على آخر دين مؤجل فقضاه قبل الأجل فاستحق ذلك عاد الدين مؤجلا لأنه لما بطل القضاء بالاستحقاق بطل ، وهو سقوط الأجل فتأمل اهـ .

[فرع] صبى له على مملوك وصيه دين فوهب الوصى عبده للصبى ، ثم أراد الوصى الرجوع فى ظاهر الرواية له ذلك ، وعن محمد المنع بزازية (قوله ورواية عن الإمام) لأن الساقط لا يعود كماء قليل نجس دخل عليه الماء الجارى ، حتى كثر وسال ثم عاد إلى القلة لايعود نجسا وقال أبو يوسف يعود الدين حكما كما كان لأن زوال الدين كان حكما لملكه الموهوب له وقد بطل الملك كما فى المنح (قوله كما لايعود النكاح) وذكر الصدر الشهيد أنه يعود قال فى الخانية : وأما مسئلة النكاح ففيها روايتان عن أبى يوسف فى رواية إذا رجع الواهب يعود النكاح اهـ .

وفى الهندية بعد ما ذكره عن الصدر الشهيد ، وذكر محمد فى الكتاب فى مواضع أنه بالرجوع فى الهبة يعود إلى الواهب قديم ملكه ، والمراد منه العود إلى قديم ملكه فيما يستقبل لا فيما مضى . ألا ترى أن من وهب مال الزكاة من رجل قبل الحول وسلمه إليه ثم رجع فى الهبة بعد الحول لايجب على الواهب زكاة ما مضى اهـ فلم يجعل قديم ملكه عائدا إليه فى حق زكاة مامضى ، وكذلك من وهب من آخر دارا وسلمها إلى الموهوب له ثم بيعت دار بجنبها ، ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد إليه قديم ملكه فيما مضى وجعل كأن الدار لم تزل عن ملكه لكان له الأخذ بالشفعة اهـ وعزاه للذخيرة (قوله والزاى)

فلو وهب لامرأة ثم نكحها رجع ولو وهب لامرأته لا) كعكسه .
[فرع] : لاتصح هبة المولى لأم ولده ولو فى مرضه ولا تنقلب وصية إذ لابد للمحجور أما لو أوصى لها بعد موته يصح لعتقها بموته فيسلم لها كاف (والقاف القرابة فلو وهب لذى رحم محرم

فيها لغات فدها بعض العرب ومنهم من يقول زاى ومنهم من يقول : زا فيقصرها ومنهم من ينون فيقول زاوهذا أقبح الوجوه لأنه لم يأت اسم على حرف ومنهم من يقول ،زىّ فيشدد الياء أبو السعود عن ابن عبدون (قوله فلووهب لامرأة الخ) الأصل الزوجية نظير القرابة حتى يجرى التوارث بينهما بلاحاجب وترد شهادة كل واحد للآخر فيكون المقصود من هبة كل منهما للآخر الصلة والتوادد دون العوض ، بخلاف الهبة للأجنبى فإن المقصود منها العوض ، ثم المعتبر فى ذلك حالة الهبة ، فإن كانت أجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزويج وإن كانت حليلته كان مقصوده الصلة دون العوض ، وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة اه زيلعى ملخصا (قوله لا) أى لا يرجع ولو فارقها بعد ذلك لا يملك الرجوع لقيام الزوجية وقت الهبة (قوله كعكسه) أى لو وهبته لرجل ثم نكحها رجعت ، ولو لزوجها لا وإن فارقها والأولى أن يقول : كما إذا كانت هى الواهبة فيهما (قوله ولو فى مرضه) قال فى الأصل : ولا يجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة ، فإذا قبضت جازت من الثلث ، وإذا مات قبل التسليم بطلت . ويجب أن يعلم بأن هبة المريض هبة عقد أو ليست بوصية واعتبارها من الثلث ما كان لأنها وصية ولكن لأن حق الورثة يتعلق بالمريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له ، وهو الثلث وإذا كان هذا التصرف هبة عقد اشترط له سائر شرائط الهبة ، ومن جملتها قبض الموهوب قبل موت الواهب اه محيط (قوله ولا تنقلب وصية) لما علمت أن هبة المريض هبة عقدا ، وهى ليست بأهل لقبضها لأنها لو قبضتها لكانت ملكا له ، ويستحيل أن يملك الإنسان لنفسه . وأيضا أفاد أن قولهم الهبة فى مرض الموت وصية أنها تنعقد هبة ، وتنقلب وصية وشرط الهبة القبض ، وأم الولد محجورة لقيام الملك حال حياة المولى ولا يد للمحجور ، فلا يتأتى منها القبض ولا يمكن أن تصير مأذونة فى تلك الهبة لأنها لا تملك ما دامت رقيقة أما لو أوصى لها فإنها تمليك بعد الموت وهى حرة بعد موت مولاها فتصح الوصية (قوله لعتقها بموته) ويعتبر القول بعد الموت والتمليك واقع لها بعده (قوله والقاف القرابة) أى القريبة إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك .

قال فى الدرر : فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته إلى الإنفاق ، ويسمى ذلك رجوعا نظرا إلى الظاهر ، وإن لم يكن رجوعا حقيقة على أن هذا الحكم غير مختص بالهبة ، بل الأب إذا احتاج فله الأخذ من مال ابنه ، ولو غائبا كما ذكر فى باب النفقات .

قال صدر الشريعة : ونحن نقول به : أى لا ينبغى أن يرجع إلى الوالد ، فإنه يتملك للحاجة فتوهم بعض الناس أن قوله ، ونحن نقول به أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه عندنا أيضا مطلقا وهو وهم باطل منشؤه الغفلة عن قوله : فإنه يتملكه للحاجة فإن مراده ما ذكرنا حتى لو لم يحتج لم يجز له الأخذ من مال ابنه ، فإن ما توهمه مخالف لتصريح علمائنا كقاضيخان وغيره أن قرابة الولاد من جملة الموانع اه ولهذا لم يتعرض الشارح رحمه الله تعالى لتخصيص القرابة بغير الأب بل تركه على العموم اتكالا على ما تقرر أن للأب أن يتناول من مال ابنه عند الحاجة بقدرها (قوله لذى رحم محرم) خرج من كان ذارحم وليس بمحرم ، ومن كان محرما وليس بذى رحم درر فالأول كابن العم ، فإن كان أخاه من الرضاع أيضا فهو خارج أيضا واحترز عنه بقوله نسبا ، فإنه ليس بذى رحم محرم من النسب كما فى الشرنبلالية والثانى كالأخ رضاعا .

منه) نسبا (ولو ذميا أو مستأمنا لا يرجع) شمنى (ولو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه رضاعا) ولو ابن عمه (ولمحرم بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأخيه وهو عبد لأجنبى أو لعبد أخيه رجع ولو كانا) أى العبد ومولاه (ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الأصح)

قال السمرقندى : الرحم صاحب القرابة والمحرم هو الذى يحرم منا كحته اه وإنما لا يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها» ولأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم اه زيلعى (قوله منه) صفة محرم ، والضمير فى منه للرحم ، فخرج الرحم غير المحرم كابن العم والمحرم غير الرحم كالأخ رضاعا والرحم المحرم الذى محرميته لامن الرحم كابن عم هو أخ رضاعا ، وعلى هذا لا حاجة إلى قوله نسبا نعم يحتاج إليه لو جعل الضمير للواهب ليخرج به الأخير تدبر (قوله نسبا) حال من محرم فلو كان الرحم محرما من الرضاع أو المصاهرة لا يمتنع الرجوع ، لعدم وجوب صلته ولذا لايجب إنفاقه عليه عند عجزه وإن كانت صلته مندوبا إليها (قوله ولو ذميا أو مستأمنا) لأنه واجب الصلة ومحل للصدقة لقوله تعالى — لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم — ولقبول الذمة والأمان فقد ترك المقاتلة قال القهستانى : ومثلهما الحربى (قوله بلا رحم) أى بلا رحم موجب للمحرمية وإن صار له رحم بالرضاع والمصاهرة فإنه لا يمنع الرجوع (قوله ولو ابن عمه) أى ولو كان أخوه رضاعا ابن عمه وهذا خارج بقوله منه أو بقوله نسبا لأن محرميته ليست من النسب بل من الرضاع ، ولا يخفى أن وصله بما قبله غير ظاهر ، لأن قوله لمحرم بلا رحم لا يشمله لكونه رحما إلا أن يقال قوله بلا رحم الباء فيه للسببية أى لمحرم بسبب غير الرحم كالباء فى قوله بعده بالمصاهرة تأمل (قوله ولمحرم) عطف على لمحرم فلا يمنع الرجوع (قوله كأمهات النساء والربائب) ومثلهم أزواج البنين والبنات خانية (قوله وأخيه وهو عبد لأجنبى) أى لأن الهبة لم تقع له حينئذ ، بل لمولاه لأن العبد لا يملك ، وإن تملك فهو وما فى يده لسيده ، وفى ألغاز الأشباه أى أب وهب لابنه وله الرجوع فقل إذا كان الابن مملوكا لأجنبى قال الحموى : وإنما قيد بكونه مملوكا لأجنبى لأنه إذا كان مملوكا لقريب ذى رحم محرم منه تكون الهبة واقعة للقريب والهبة للقريب لا رجوع فيها وإنما قيد القريب بكونه ذا رحم لإمكان تصور المسألة ، وإلا فلا يمكن تصورها (قوله أو لعبد أخيه) أى وهو أجنبى لأنه لم يهب للأخ صورة ، وإن وقعت للأخ فى الحقيقة لقيام الشك فى المانع فلا يثبت مع الشك ، ولأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب له إذا احتاج إليه وهذا عند أبى حنيفة وقالا يرجع فى الأولى دون الثانية منح عن البحر ومثله فى شرح المجمع (قوله رجع) أى فى كل الصور عند الإمام وقالا يرجع فى الأولى لا فى الثانية كما علمت لأن الملك يقع للمولى ، فكان هو المعتبر وللإمام أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد ألا ترى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته ، فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما ، فلا يلزم بالشك ولأن الصلة قاصرة فى حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هى المانعة من الرجوع ، فلا تتعدى إلى القاصرة (قوله ولو كان ذا رحم محرم من الواهب) بأن كان أخوه لأبيه عبدا لأخيه من أمه اه سرى الدين عن المبسوط أى لأن الهبة فى الصورة وقعت لذى الرحم ، وكذا فى الحقيقة فامتنع الرجوع للوجهين ، ولو عجز قريبه المكاتب ، فعند محمد : لا يرجع خلافا لأبى يوسف وإن أعتق لا رجوع منح فأفاد أنه لا يرجع مادام مكاتبا اتفاقا لأنه حر يدا تصوير المسألة بأن يكون لرجل أختان لكل واحدة منهما ولد ، وأحد الولدين مملوك للآخر (قوله على الأصح) وذكر الكرخى عن محمد أن قياس قول الإمام أن يرجع لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة

لأن الهبة لأبيهما وقعت تمنع الرجوع بحر .

[فرع] وهب لأخيه وأجنبي مالايقسم فقبضاه له الرجوع فى حظ الأجنبي لعدم المانع درر (والهاء هلاك العين الموهوبة ولو ادعاه) أى الهلاك (صدق بلا حلف) لأنه ينكر الرد (فإن قال الواهب هى هذه) العين (حلف) المنكر (أنها ليست هذه) خلاصة (كما يحلف) الواهب (أن الموهوبَ له ليس بأخيه إذا ادعى) الأخ (ذلك) لأنه يدعى مسبب النسب لاالنسب خانية

(قوله لأن الهبة الخ) أى فليس فى المانع شك (قوله مالا يقسم) أى مالا يقبلها مع بقاء الانتفاع السابق كما تقدم واحترز به عما إذا وهب لهما ما يقسم فلا تصح لواحد منهما ، لأن هبة مايحتمل القسمة لاثنين غير صحيحة ، لأنه وهب لـكل منهما مشاعا كما تقدم قبيل باب الرجوع وبقلبه لاأى لو وهب لا ثنين ما يحتمل القسمةلا يصح (قوله له الرجوع فى حق الأجنبي) اعتبارا للبعض بالـكل مبسوط (قوله هلاك العين الموهوبة) أى تلف عينها أو عامة منافعها مع بقاء الملك فلو وهبه سيفا فجعله سكينا أو سيفا آخر لا يرجع لتعذر الرجوع بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه بخلاف شاة ذبحها زيلعي ومـكي ، لو استهلك البعض لهأن يرجع بالباقى بزازية والاستهلاك كالهلاك كما هو ظاهر صرح به أصحاب الفتاوى رملى وأما هلاك أحد العاقدين فقد قدمه (قوله لأنه ينكر الرد) أى وجوبه عليه وهذهعلة لقولهصدق ولأندعواه الهلاك إخبارمنه بهلاك ملـكه وأنه لايوجبيمينا برهان .

قال العيني : فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق ، لأنه منـكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع اه .

بقى قوله : بلا حلف عزاه فى الدرر وغيره إلى الـكافى ، ولم يذكر العلة مع أن فى الوهبانية قال إذا ادعى المودع ضياعها وحدها يستحلف ، وقد قال العيني فأشبه المودع على أن المقرر وإن كان القول قول المنكر لـكنه بيمينه ولأن كل من أنكر ما لو أقر به لزمه يحلف عند إنكاره ، وهذا لو أقر بعدم الهلاك يلزمه الرد فلم لا يحلف عند إنـكاره بدعوى الهلاك ، والظاهر أن العلة هى عدم تأكد ملك الواهب .

قال فى الخلاصة : لو قال الموهوب له هلـكت فالقول قوله ولا يمين عليه وعليه الـكنز وسائر المتون (قوله حلف المنـكر أنها ليست هذه) أى ولا يحلف على الهلاك لما سبق .

والحاصل : أنه لا يمين عليه بدعوى الهلاك ما لم يعين الواهب عينا ويدعى أنها هى الهبة لا الهالـكة ويريد استردادها وأنـكر الموهوب له ذلك ، وادعى أن الموهوب غيرها حلف (قوله كما يحلف الواهب الخ) قال فى الهندية : وإذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له : أنا أخوك أو قال عوضتك أو تصدقت به على ، وكذبه الواهب فالقول للواهب (قوله الأخ) الأولى الموهوب له (قوله مسبب النسب) يعنى المال لا النسب : أى ، ولو كان المقصود النسب لا يجرى فيه اليمين على قول الإمام خلافا لقول الصاحبين المفتى به من أن التحليف يجرى فى النسب .

وحاصل التحقيق فى هذه المسألة : أنه لو ادعى بسبب النسب مالا لازما وكان المقصود إثباته دون النسب ، فيحلف عليه كما فى المنح والطحطاوى وغيرهما حتى قال فى البحر : يستحلف الواهب عند الـكل لأنه ادعى بسبب النسب مالا لازما فـكان المقصود إثباته دون النسب وعزاه لفتاوى قاضيخان من باب الاستحلاف ، ونظر فيه الرحمتى بأن المـال ليس بسبب النسب ، بل المعنى الصحيح أن يقال : إن الأمر الذى بسببه النسب ، وهو مسبب عنه ، وهو لزوم الهبة وعدم صحة الرجوع فيها ، وهذا يحلف منكره اتفاقا أما ما قاله الإمام من أنه لا تحليف فى النسب أى إذا ادعي عليه نسبا لقصد إثباته أما هنا فالمقصود منه إثبات أمر آخر ، وهو

(ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) للاختلاف فيه فيضمن بمنعه بعد القضاء لاقبله (وإذا رجع أحدهما) بقضاء أو رضا (كان فسخا) لعقد الهبة (من الأصل وإعادة لملكه) القديم لاهبة للواهب (ف) لهذا (لايشترط فيه قبض الواهب وصح) للرجوع (فى الشائع) ولو كان هبة لما صح فيه (وللواهب رده على بائعه مطلقا) بقضاء أو رضا

لزوم الهبة فهو المدعى فى الحقيقة اه فتأمل ومسبب بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء الأولى وفتح الثانية (قوله ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) فلو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصبا، حتى لو هلكت فى يده يضمن قيمتها للموهوب له شمنى .

قال قاضيخان : وهب ثوبا لرجل ، ثم اختلسه منه فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له لأن الرجوع فى الهبة لا يكون إلا بقضاء أو رضا اهـ وفيه : الواهب إذا رجع فى هبته فى مرض الموهوب له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له ، أو من الثلث فيه روايتان ذكر ابن سماعة فى القياس يعتبر من جميع ماله اه (قوله للاختلاف فيه) أى بين العلماء فإن بعض المجتهدين يقول بعدم الرجوع ، فهو ضعيف لا يثبت حكمه إلا بأحد المذكورين ، وذكر فى الحواشى اليعقوبية : أنه لأن الشافعى يخالفنا وفيه كلام وهو أن خلافه متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على مالم يتحقق بعد والأولى حمله على اختلاف الصحابة لو ثبت اه (قوله فيضمن بمنعه) يعنى لوسأله ردالعين الموهوبة بعد قضاء القاضى بصحة الرجوع فيها ، فامتنع من تسليمها فهلكت لزمه ضمانها بمثلها ، إن كانت مثلية وإلا فبقيمتها ، لأنه متعد بالمنع بعد صحة الرجوع بقضاء القاضى ، أما قبل القضاء لو هلكت سقط الرجوع بالهلاك ، ولا ضمان عليه بالمنع لأنه غير متعد ، لأنه إنما منع ملكه إذ لم يصح الرجوع ، لعدم وجود القضاء ، ولا رضا مع المنع ، وقد ملكها بالهبة ، ولا يعتبر قوله بلسانه رضيت بردها لأن إمساكها ينقضه لكن قوله : لا يشترط فيه قبض الواهب يفهم منه أنها تم بقوله : رضيت بردها فليحرر أفاده بعض الأفاضل .

قال ط : وانظر مالو منعه بعد الرجوع بالرضا وهلك والظاهر أنه يضمن لوجود التعدى كمنعه بعد القضاء.

أقول : وهذا يؤيد مافهمه بعض الأفاضل حيث ضمنه بالمنع ولم يعده رجوعا تأمل (قوله بقضاء أو رضا) على حذف أى (قوله كان فسخا) خلافا لزفر فى الرجوع بالتراضى كما يأتى عناية (قوله وإعادة) بالنصب عطفا على فسخا (قوله لا هبة للواهب) أى كما قال زفر رحمه الله تعالى بأن الرجوع بالتراضى عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة عينى .

قال فى البدائع : ولو وهبه الموهوب له للواهب قبل القضاء أو الرضا وقبله لا يملكه حتى يقبضه فإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضى أو بقضاء وليس للموهوب له أن يرجع فيه اه (قوله لا يشترط فيه قبض الواهب) والموهوب يكون أمانة فى يد الموهوب له حتى لو هلك لا يضمن هندية (قوله وصح الرجوع فى الشائع) أى فى البعض الشائع الذى يحتمل القسمة كما إذا وهب الدار ثم رجع فى نصفها لأن الشيوع طارىء لا أثر له فيها ذكره فى العناية (قوله لما صح فيه) أى فى الشائع ، ولا يشترط قبض الواهب (قوله وللواهب رده) أى بالعيب أى له بعد الرجوع منه رد الموهوب إذا كان اشتراه من رجل ثم بعد الرجوع اطلع على عيب فيه (قوله مطلقا) حال من رجوع الواهب أى لأنه فسخ مطلقا بحكم خيار العيب بحر ولم يعلم بالعيب قبل الهبة وصوره الطحطاوى بما لو اشترى شيئا ثم باعه ثم رد المشترى الثانى على الأول بعيب قديم فإن رده بقضاء كان فسخا فيثبت حق الرد للمشترى الأول على بائعه ، وإن كان برضا لا لأنه بمنزلة البيع الجديد

(بخلاف الرد بالعيب بعدالقبض بغير قضاء) لأن حق المشترى فى وصف السلامة لافى الفسخ فافترقا ثم مرادهم بالفسخ من الأصل أن لايترتب على العقد أثر فى المستقبل لابطلان أثره أصلا وإلا لعاد المنفصل إلى ملك الواهب برجوعه فصولين (اتفقا) الواهب والموهوب له (على الرجوع فى موضع لايصح) رجوعه من المواضع السبعة السابقة (كالهبة لقرابته جاز) هذا الاتفاق منهما جوهرة . وفى المجتبى : لاتجوز الإقالة فى الهبة والصدقة

(قوله بخلاف الرد بالعيب) أى لو اشترى شيئا وباعه ورده المشترى الثانى بعد قبضه إياه على المشترى الأول بغير قضاء ليس للمشترى الأول أن يرده على بائعه كما تقدم فى بابه ، لأن حق المشترى فى وصف السلامة : أى يستحق ما اشتراه سالما من العيوب ، فحيث وجد به عيبا رفع الأمر للقاضى ، فيطلب منه إيصاله إلى ما يستحقه من وصف السلامة وحيث كان المبيع معيبا ، ولم يمكن إيصاله إلى ما يستحقه يفسخ القاضى البيع ، وليس حقه فى الفسخ فإذا تفاسخا بغير قضاء بل بتراضيهما كان إقالة : وهى فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث ، والبائع الأول ثالثهما ففى حقه يفرض كأن المشترى الأول اشتراه من المشترى الثانى فليس له أن يرده عليه ، لأنه مشترى منه والمشترى لا يرد على بائعه بالعيب إذا كان المبيع وصل إلى البائع من جهته ولا على البائع الأول لأن المشترى من شخص لا يرده على غيره ، وإنما قال بعد القبض لأن رده قبل القبض فسخ مطلقا فيرده على بائعه كما تقدم (قوله لأن حق المشترى فى وصف السلامة لا فى الفسخ) ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه إليه ، وإذا لم يكن سليما فات رضاه فيرجع بالعوض ، ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه فى الفسخ ، فإذا لم يكن له حق الفسخ لم يصر مستوفيا حقه ، فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه إذا حكم الحاكم بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ، ولا كذلك المتعاقدان ، لأنه لا ولاية لهما إلا على أنفسهما ، بخلاف الهبة فإنها تنعقد موجبة حق الفسخ ، وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد ، لأن العقد وقع غير لازم فإن رفع رجع إليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا فى حق الكل ، فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة اه منح بتصرف وبهذا ظهر قول المؤلف فافترقا ط (قوله لا بطلان أثره أصلا) أى فيما مضى (قوله وإلا لعاد المنفصل) أى المتولد من الموهوب : أى ولو قلنا ببطلان أثره فى الماضى لأوجبنا رد الزوائد المنفصلة من الولد والثمر والأرش التى وجدت عند الموهوب له مع أنه لا يثبت للواهب الرجوع فيها ، ولأوجبنا عليه زكاة ماله الموهوب إذا رجع فيه لما مضى من السنين مع أنه لايجب عليه كما سلف .

والحاصل : أنه لو كانت الهبة أمة مثلا فقبضها الموهوب له ووطئها ، واستولدها وجنى عليها فقبض أرشها ووطئها غيره ، فأخذ عقرها ثم رجع عليه الواهب بقضاء أو رضا امتنع عليه وطؤها والتصرف بوجه من الوجوه بعد الفسخ ، وما أخذه من الأرش والعقر يطيب له ، لأنه نماء ملكه والولد ولده والواهب إنما يأخذ الأمة فقط ، وهذا معنى عدم ترتب الأثر فى المستقبل لا فيما مضى (قوله من المواضع السبعة) لايظهر فى الموت لأن الاتفاق حينئذ من الوارث والباقى أحد العاقدين ، ويكون الرجوع فى العوض بالتراد وفى الهلاك برد البدل (قوله جاز هذا الاتفاق منهما) أى على أنه هبة مبتدأة كما بينته عبارة المجتبى فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة مما تقدم فى الشروط .

ونقل المصنف فى آخر الفصل عن المحيط : رجل تصدق بصدقة فسلمها إليه ثم تقايلا الصدقة لم يجز ، حتى تقبض لأنها هبة مستقلة مستأنفة لأنه لا رجوع فيها وكذا الهبة إذا كانت لذى رحم محرم اه .

فى المحارم إلا بالقبض لأنها هبة ثم قال : وكل شىء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لأنه غير مقبوض .

وفى الدرر قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع (تلفت) العين (الموهوبة واستحقها مستحق

والحاصل : أنه تصح الإقالة فى الهبة والصدقة فى المحارم بالقبض مع أنه وجد فيها ما يمنع من الرجوع ومع ذلك جاز بتراضيهما لأنا جعلناه هبة مبتدأة ولذا شرط فيها مايشترط للهبة وحينئذ فلايظهرما توقف به الطحطاوى (قوله فى المحارم) ظاهر تقييده بالمحارم يفيد أن القبض لايشترط فى غيرهم .

وفى شرح المصنف : وأطلق أبو يوسف فى رواية ابن سماعة خلافه تصدق وسلم ، ثم استقاله فأقاله لم يجز حتى يقبض اه .

وهذا يفيد ما ذكرنا ثم فائدة التقييد بالقبض أنه لولم يقبضه وتصرف فيه الموهوب له صح تصرفه ونظيره يقال فيما بعده ط (قوله لأنها) أى الإقالة هبة أى مستقلة (قوله وكل شىء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه) أى يفتقر للقبض لكن الذى نحن فيه عدم فسخ القاضى والظاهر أن لفظة لا ساقطة وأصل الكلام وكل شىء لايفسخه الحاكم كما هو الواقع فى الخانية ، وبه يظهر المعنى ، ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لارجوع فى هبتهم ، وسيجىء أن المعتمد الصحة ، ويمكن أن يراد بقوله : وكل شىء يفسخه الحاكم الخ أى إن الهبة للمحارم والصدقة مطلقا إذا رفعت للحاكم ، وأراد صاحبها الرجوع فيها يفسخ دعواه الحاكم بمعنى أنه يبطلها ويحكم عليه بعدم صحتها فإن اتفقا عليها كانت هبة مبتدأة فيشترط لها شروط الهبة وكذا كل ما كان فيها مانع من موانع الرجوع فتأمل (قوله لأنه غير مقبوض) لأن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز إلا بأن يسلطه على قبضه . والصغير لاقبض له إلا بقبض وليه ، وهو من عليه الدين فلا يوجد القبض لكن سيجىء أن المعتمد الصحة ، ويفهم منه جواز عكسه وهو هبة الأب دينا على طفله لأنه مقبوض للأب إذا كان للطفل مال فى يده (قوله قضى ببطلان الرجوع لمانع) نقله صاحب الدرر من المحيط وهكذا فى الذخيرة والخانية ، وذكر فى التبيين وغيره أن الموهوب لو وصيفا فشب عند الموهوب له وكبر ، وطال ثم صار شيخا فقلت قيمته لم يرجع فيه ، وعلى هذا جميع الحيوان ، وعلل بأنه زاد من وجه ، وانتقص من وجه آخر وحين زاد سقط حق الرجوع ، فلا يعود ؛ وأنت خبير بأنه بين هذا وبين ما ذكر صاحب الذات لم يعد إلى حاله الأول ولكن ذكر الناطفى فى أجناسه أنه يرجع ، ولعل وجهه أن الذات بعد زوال الزيادة هو الذات الأول (قوله ثم زال المانع) مبنى على ما قدمه فى الخانية . واعتمده القهستانى لكن فى كلامه هناك إشارة إلى اعتماد خلافه .

قلت : ولا يخفى ما فى إطلاق الدرر ، فإن المانع قد يكون خروج الهبة من ملكه ، ثم تعود بسبب جديد وقد يكون للزوجية ، ثم تزول وفى ذلك لا يعود الرجوع كما صرحوا به فيما إذا بنى فى الدار ثم هدم البناء ، وفيما إذا وهبها لآخر ، ثم رجع ولعل المراد زوال المانع العارض ، فالزوجية وإن زالت لكنها مانع من الأصل والعود بسبب جديد بمنزلة تجدد ملك حادث من جهة غير الواهب فصارت بمنزلة عين أخرى غير الموهوبة بخلاف ما إذا عادت إليه بما هو فسخ هذا ما ظهر لى فتدبره أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

وكتب الطحطاوى : لا يظهر فى الزوجية والقرابة وهلاك العين والموت والعوض ، لأنه بيع انتهاء ، وأما الخروج عن الملك فيزول إذا عاد إليه بفسخ تأمل اه .

والحاصل : أن ما يمكن زواله من الموانع السبعة الزوجية والزيادة والعوض والخروج عن ملكه فبزوال

وضمن) المستحق(الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهبة) هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه ولا غرور لعدم العقد وتمامه فى العمادية (وإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهى هبة ابتداء فيشترط التقابض فى العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم (بيع انتهاء

الزوجية لا يعود الرجوع ، وبزوال الثلاثة الباقية يعود الرجوع على ما فيه من التفصيل (قوله وضمن المستحق الموهوب) ضمن بتشديد الميم فعل ماض ، والمستحق فاعله والموهوب مفعوله (قوله لأنها عقد تبرع) أى وهو غير عامل له (قوله فلا يستحق فيه السلامة) أى فى عقد التبرع ، وهكذا حال المستعير ، بخلاف عقد المعاوضة لأن عقود المعاوضات يثبت فيها الغرور ، فللمشترى الرجوع على بائعه ، وكذا بكل عقد يكون للدافع كالوديعة والإجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ، ثم جاء رجل واستحق الوديعة ، والمستأجرة وضمن المودع ، والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمنا وكذا كل ما كان فى معناهما .

والحاصل : أن المغرور يرجع بأحد أمرين إما بعقد المعاوضة أو بعقد يكون للدافع كما فى المنح وقد انتفى الثانى هنا كما قال لأن قبض المستعير والمتهب كان لنفسه ، وقد عقد فى الخانية فصلا لمسائل الغرور من البيع فراجعه وذكر فى الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا يرجع على الواهب (قوله ولا غرور) أى موجب للضمان لأنه يكون موجبا بأحد أمرين ، وقد انتفيا هنا وكان حق العبارة أن يقول : ولا غرور لأن قبض المستعير الخ ، لأن الغرور إنما يكون معتبرا بقبضه للدافع أو بعقد المعاوضة (قوله لعدم العقد) أى عقد المعاوضة وإلا فالإعارة والهبة لابد فيهما من عقد (قوله فيشترط التقابض) أى فى المجلس مطلقا أو بعده بإذنه مسكين ولا يثبت بها الملك قبل القبض ، ولكل واحد أن يمتنع من التسليم ، وكذا لو قبض أحدهما فقط فلكل الرجوع القابض وغيره سواء كما فى غاية البيان (قوله فى العوضين) أى فى العين الموهوبة والعوض عنها أما إذا كان العوض غير مشروط فهى هبة ابتداء وانتهاء فلا يثبت لها أحكام البيع ، وإن امتنع الرجوع حيث قال له : خذه عوض هبتك ونحوه (قوله ويبطل العوض بالشيوع فيما يقسم) هو مبنى على اشتراط التقابض ، لأن القبض لا يتم مع الشيوع فيما يقسم (قوله بيع انتهاء) أى إذا اتصل القبض بالعوضين غاية البيان وهذا عندنا وعند زفر والشافعى بيع ابتداء وانتهاء لأن العبرة للمعانى ، ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وتمامه فى الدرر .

وفى المقدسى : والعبرة للمعانى كالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، وعكسه كفالة ، وبيع عبد لنفسه عتق ، وهبة تقع ببدل إجارة وهبة امرأة لزوجها نكاح ، وعكسه طلاق .

قلنا : ما اشتمل على جهتين يجب الجمع بينهما ما أمكن توفيرا على الشبهين حظهما كالإقالة بيع وفسخ ، وأمكن الجمع هنا باعتبار الهبة ابتداء والبيع انتهاء ولا تنافى بين حكميهما إذ البيع بتراخى حكمه بشرط الخيار والهبة تلزم بمانع وهبة المريض بطلت بالشيوع وبعدم القبض ، واعتبرت وصية من الثلث بعد الدين رعاية للشبهين ، وقد يترتب الملك على الهبة فلا فصل كما لو كانت فى يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم ، وعدم الترتيب من لوازمها على أن المستحيل الجمع فى حالة واحدة لا فى الابتداء أو الانتهاء ، بخلاف ما استشهد به ، لتعذر الجمع لتضاد الحكمين ، فلغا جانب اللفظ انتهى .

وفى الشرنبلالية عن البرجندى : أنه يصح العوض ، ولو كان أقل منها وهو من جنسها ولا ربا فيه انتهى ، ولا تحالف لو اختلفا فى قدر العوض لما فى المقدسى عن الذخيرة : اتفقا على أن الهبة بعوض واختلفا فى قدره

فترد بالعيب وخيار الرؤية ويؤخذ بالشفعة) هذا إذا قال : وهبتك على أن تعوضنى كذا أما لو قال : وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء وقيد العوض بكونه معينا لأنه لو كان مجهولا بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء .

[فرع] وهب الواقف أرضا بشرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز وإن شرط كان كبيع ذكره الناصحى وفى المجمع وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومعناه . قلت : فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى والله أعلم .

ولم يقبض والهبة قائمة خير الواهب بين تصديق الموهوب له أو الرجوع فى الهبة أو بقيمتها لو هالكة ، ولو اختلفا فى أصل العوض ، فالقول للموهوب له فى إنكاره ، وللواهب الرجوع لو قائما ولو مستهلكا ، فلا شىء له ، ولو أراد الرجوع فقال أنا أخوك ، أو عوضتك أو إنما تصدقت بها فالقول للواهب استحسانا اهـ ملخصا (قوله فترد بالعيب) أى فى العوض والمعوض : أى يرد كل واحد من العوضين هذا هو الأوجه من الإرجاع إلى الهبة والتعميم ، وكذا يرد كل منهما بخيار الرؤية ، ويرجع فى الاستحقاق على صاحبه بما فى يده لو قائما وبمثله أو قيمته لو هالكا كما فى المنبع (قوله على أن تعوضنى) لأن على للشرط (قوله وهبتك بكذا) لأن الباء للمقابلة والمال المقابل بالمال بيع (قوله فهو بيع ابتداء وانتهاء) فيثبت لكل منهما الملك فى حقه ، ولا يمتنعان من التسليم ولا يشترط قبض ، ولا يضره شيوع (قوله بطل اشتراطه) أى والهبة لا تبطل به (قوله فيكون) أى المقبوض من الهبة وعوضها إذا دفع (قوله وهب الواقف أرضا بشرط استبداله) فى البحر نقلا عن القاضى الجامع بين وقف هلال والخصاف ، ولو وهب الواقف الأرض التى شرط الاستبدال به ، ولم يشترط عوضا لم يجز ، وإن شرط عوضا فهو كالبيع اهـ فقوله : بشرط متعلق بالواقف وقوله : بلا شرط متعلق بوهب ، وأعاد الضمير مذكرا على الأرض لتأويلها بالوقف أو العقار (قوله وإن شرط الخ) ظاهره أنه يصح ولو كان البدل دراهم أو دنانير وقد تقدم فى الوقف أنه لابد أن يكون البدل عقارا وتقدم الكلام فيه فارجع إليه (قوله بشرط عوض مساو) أى لقيمة مال الصغير وبالأولى إذا كان زائدا عليه (قوله بين الوقف) أى الذى شرط استبداله حيث أجازه بشرط العوض (قوله ومال الصغير) حيث لم يجوزاه مطلقا قال الرملى : يفرق بينهما بأن الواقف لما شرط الاستبدال ، وهو يحصل بكل عقد يفيد المعاوضة كانت الهبة بشرط العوض داخلة فى شرطه ، بخلاف هبة الأب مال ابنه الصغير أى فإنها تبرع ابتداء ، وهو ممنوع عن مطلق التبرع فى ماله انتهى .

أقول : وقد يقال إن المقصود من الاستبدال المنفعة فى البدل ، لا فى نفس الاستبدال ، وأما مال الصغير فيشترط فى نفس العقد عليه ظهور المنفعة لأنه عقد تجارة أو أن الوقف من المستبدل فهو ملكه فى الجملة ، بخلاف ملك ابنه ، فلعل أحد هذين الفرقين على قولهما الذى طلبه الشارح ، لأن الواقف له شائبة ملك حيث شرط الاستبدال لا سيما على قول الإمام بخلاف مال الطفل إذ لا ملك فيه ، ولا شائبة ملك فافترقا وهذا كله إذا كان ما نقله الناصحى على قول الإمام والصاحبين ، ويمكن أن يكون مشى على قول الإمام ، وأنهما يخالفان فى الوقف كمال الصغير ، فلا يحتاجان للفرق فليراجع مذهبهما فى ذلك والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

فصل فى مسائل متفرقة

(وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب (دارا على أن يرد عليه شيئا منها) ولو معينا كثلث الدار أو ربعها (أو على أن يعوض فى الهبة والصدقة شيئا منها صحت) الهبة (وبطل الاستثناء) فى الصورة الأولى (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية

فصل فى مسائل متفرقة

لما كانت المسائل المذكورة فى هذا الفصل متعلقة بالهبة ذكرها فى فصل على حدة عناية . وأشار بقوله مسائل متفرقة إلى أن الأولى ترجمته بذلك (قوله وهب أمة إلا حملها) اعلم أن استثناء الحمل ينقسم على ثلاثة أقسام ، فى قسم : يجوز التصرف ، ويبطل الاستثناء كالهبة ، والنكاح ، والخلع ، والصلح عن دم العمد ، وفى قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع ، والإجارة ، والرهن ، لأن هذه العقود تبطل بالشروط ، وكذا باستثناء الحمل ، وفى قسم : يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية لأن إفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه يعقوبية ، وباقى التفصيل فى البيانية للعينى (قوله أو على أن يردها عليه) أى بعد حين . وقوله : أو يستولدها أى يتخذها أم ولد (قوله على أن يرد شيئا منها) أى أو كرما على أن ينفق عليه من ثمرته كما فى الخانية ، وهو متعلق بوهب أو تصدق على سبيل البدل (قوله ولو معينا) أشار به إلى أنه لا فرق فى التعويض ببعض الموهوب بين المجهول والمعلوم لأن الفساد ليس من جهة الجهالة ، بل من جهة كونه ببعض الموهوب (قوله أوعلى أن يعوّض فى الهبة والصدقة شيئا منها) أى شيئا مجهولا ح . وقيد بقوله منها ، فلو من غيرها أفسدها.

قال فى الخانية : وهبه أرضا وشرط عليه أن ينفق عليه من الخارج ، فهى فاسدة وقال فى الصرة العوض المجهول إذا كان من غير عين الموهوب يفسد الهبة وتقدم لنا أن الفاسدة مضمونة ، وشرطوا لفسادها أن يكون الشرط فى العقد لا بعد ، وحينئذ فالأولى مجازاة نقوط الأفراح ، بل ربما على عرف من يجعله كالقرض يجب كما تقدم . وفى بعض النسخ ، بل أكثرها عنها بدل منها (قوله صحت الهبة) فى الصور كلها لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة درر .

قال شيخ الإسلام : أى التى تفسد البيع مع كونها غير آيلة إلى الهبة ، بشرط العوض كما يظهر ذلك من فتاوى قاضيخان وغيره ، وذلك كهبة مهرها بشرط أن يحج بها ، أو يحسن إليها أو يقطع لها فى كل حول ثوبا مرتين ، فجعلوا اشتراط نفقة الحج والإحسان إليها وقطع الثوب بمنزلة شرط العوض ؛ بل جعل بعض المشايخ شرط ترك ظلمها فى هبتها مهرها أو شرط المكث معها مثله فى الحكم ؛ فحكموا ببطلان هبتها إذا ظلمها أو لم يمكث معها وهو المختار ، وكأنه لانتفاعها بهما لشبههما بالعوض فى الجملة ، وإن لم يكونا عوضين حقيقة ، فكأنهم عملوا فيه بالشبهين ، فأفسدوا الهبة متى لم يحصل المشروط للواهب لشبهه بالعوض ، فإنه لا تتم الهبة إذا لم يحصل العوض ، وصححوها متى حصل النفع المشروط وإن كان مجهولا جهالة فاحشة كترك الظلم المجهول لجهالة مدته لأنه ليس بعوض حقيقة ، وهذا بخلاف الشروط المذكورة فى الكتاب ، وأما إذا شرط عوضا مجهولا جهالة فاحشة كما إذا شرط أن ينفق على الواهب ما يخرج من الأرض القراح الموهوبة فالهبة فاسدة مطلقا كما صرحوا به ، والظاهر أن الفساد لكونه تعليل الهبة بالخطر إذ الخروج موهوم ، هذا ما فهمت من كتب الفتاوى كذا ذكره جوى زاده وسيأتى تمامه آخر الفصل (قوله وبطل الاستثناء فى الصورة الأولى) لأن

لأنه بعض أو مجهول والهبة لاتبطل بالشروط ولا تنس مامر

الاستثناء لايعمل إلا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا للجارية فانقلب شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة. وقد أوسع الكلام على الحمل الإتقانى ، ونقله الشلبى عنه فراجعه إن شئت ط .

وفى البحر : وكذا الحكم فى كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح ، والخلع ، والصلح عن دم عمد والصدقة والعتق بخلاف المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والرهن والكتابة لأنه علية الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، وبخلاف الوصية حيث تجوز فى الأم دون الحمل ، وفى الحمل دون الأم لأن بابها أوسع ، ولو أعتق حملها ثم وهبها صح لأن الجنين غير مملوك له فاشتغال بطنها به لايوجب الفساد ، بخلاف ما إذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لأن ملكه فيه باق فكانت هبة مشغول بخلاف الأول اه ويأتى قريبا (قوله لأنه بعض) وقد مر أنه يشترط أن لايكون العوض بعض الموهوب وهو تعليل لقوله: على أن يرد شيئا منها (قوله أو مجهول) تعليل لقوله: على أن يعوض فى الهبة والصدقة شيئا عنها ولا يشمل الثلاث التى بعد الأولى، فالأولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها إلا أن يقال قوله : والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل (قوله بالشروط) أى الفاسدة (قوله ولا تنس مامر) أى فجهالته مفسدة: قال فى السراج: والأصل فى هذا أن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لايفسده كالهبة والرهن اه . ونبه الشارح بقوله : ولا تنس إشارة إلى دفع ما قاله الزيلعى تبعا للنهاية من أن قوله : أوعلى أن يعوض الخ ، فيه إشكال ، لأنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله : على أن يرد عليه شيئا منها اه .

وحاصل الدفع : أن المراد الأول وإنما بطل الشرط لجهالة العوض كذا أفاده فى البحر ، ثم رأيت صدر الشريعة صرح به فقال : مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا وإنما يصح العوض إذا كان معلوما اه .

أقول : وتابع صدر الشريعة صاحب الدرر حيث قال : واعترض الزيلعى على قولهم أو يعوضه شيئا منها بأن المراد إما الهبة بشرط العوض ، فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها :

وأقول : المختار الشق الأول وقوله : فهى والشرط جائزان ممنوع ، وإنما يجوز إذا كان العوض معلوما. وأجاب العينى بأن قوله : على أن يرد شيئا منها لا يستلزم أن يكون عوضا لأن كونه عوضا إنما هو بألفاظ مخصوصة فيجوز أن يكون ردا ولا يكون عوضا ، وأما قوله : على أن يعوضه شيئا منها فتصريح بالعوض ولا شك أنهما متغايران .

بقى أن يقال ما أجاب به فى الدرر والبحر وسبقهما إليه صدر الشريعة متعقب فقد ذكر عزمى زاده مانصه : يفهم من كلام صاحب الدرر أنه إذا وهب دارا بشرط أن يعوضه شيئا معينا منها تصح الهبة والشرط مع أنه ليس كذلك فالصواب فى الجواب أن يختار الشق الثانى ولا تكرار ، لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا ، وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة تكملة قاضى زاده ، وقال المولى عبد الحليم : قوله بأن المراد ما الهبة بشرط العوض الخ أراد به عوضا لامن العين الموهوبة .

من اشتراط معلومية العوض .

(أعتق حمل أمة ثم وهبها صح ولو دبره ثم وهبها لم يصح)لبقاء الحمل على ملكه فكان مشغولا به بخلاف الأول (كما لايصح) تعليق (الإبراء عن الدين) بشرط محض كقوله لمديونه : إذا جاء غد أو إن مت بفتح التاء فأنت برىء من الدين أو إن مت من مرضك هذا أو إن مت من مرضى هذا فأنت فى حل من مهرى فهو باطل

أقول : فيه بحث لأنه لم يرد به إذ المفروض أن يكون العوض شيئا منها وقوله : وإن أراد به الخ هذا هو المراد ونمنع التكرار لأن رد الشيء منها لا يستلزم كونه مردودا على طريق العوض بل المتبادر من الرد أنه مردود لابطريق العوض فيحمل عليه ، على أن العوض إنمايكون بألفاظ مخصوصة كما مر ، وأيضا لابدفى التعويض من الإضافة إلى الهبة . ثم التحقيق أن شرط العوض من العين الموهوبة لغو لا يمنع الرجوع سواء كان معلوما أو لم يكن دل عليه ما ذكر فى التاترخانية وغيرها : من أن الهبة لوكانت ألف درهم والعوض درهم منها أو كانت دارا والعوض بيت منها لم يكن عوضا ، وكان للواهب أن يرجع فى الهبة استحسانا . وقال زفر : يكون عوضا فظهر أن ما أجاب به المصنف قاصر كما لا يخفى اهـ (قوله من اشتراط معلومية العوض) قال المصنف فى منحه : وقيدنا العوض فى المختصر بكونه معينا ، وهو قيد لازم أخل به صاحب الكنز وغيره من أصحاب المتون اهـ .

قال الرملى فى حاشيته عليها : قوله وهو قيد لازم أقول لا حاجة إليه بعد قوله بيع انتهاء الخ . إذ قوله فيرد ويأخذ صريح فى أنه معين فالألف واللام فى العوض بدل عنه ، فالتقدير عوض معين وهذا غالب فى عبارات المختصرات .

قال فى البحر : وأراد بالعوض العوض المعين إذ فى اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداء وانتهاء لبطلان اشتراطه كما سيأتى اهـ فلم يقع من أصحاب المتون الخلل اهـ (قوله أعتق حمل أمة الخ) قيل فيه روايتان : فى رواية لا تجوز الهبة فى الإعتاق والتدبير جميعا . وفى رواية جازت فيهما جميعا والصحيح ما فى المتن . ووجه الفرق ما نذكره فى المقولة الآتية بعد هذه عن الزيلعى كما فى الخانية (قوله ولو دبره ثم وهبها لم يصح) قال الزيلعى : ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جازت الهبة فى الأم لأن الجنين غير مملوك واشتغال بطنها لايوجب الفساد ، كما إذا وهب أرضه وفيها أبنيته ، بخلاف ما إذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة ، لأن ملكه فيه باق ولا يمكن إدخاله فى الهبة لأن المدبر لايقبل النقل من ملك إلى ملك ولا تصح الهبة فى الأم بدونه لأنها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق بدون الدقيق من حيث إن كل واحد منهما يمنع القبض اهـ (قوله بشرط محض) لما فى الإبراء من معنى التمليك ولايصح تعليق التمليكات بالشرط ، وقد تقدم فى مسائل شتى من البيوع (قوله فهو باطل) قال فى البحر : لأن هبة الدين ممن عليه إبراء وهو تمليك من وجه ، فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه كما فى النهاية ، وإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط مختص بالإسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات ، ولا الإسقاطات من وجه دون وجه ، ولا الإسقاطات من كل وجه ولا يحلف بها كالعفو عن القصاص ، وقيد بقوله إن أديت لأنه لو قال : أنت برىء من النصف على أن تؤدى إلى النصف صح لأنه ليس بتعليق بل تقييد ، ولما قدمناه فى باب التعليق أن المعلق بعلى هو ما بعدها لاما قبلها ، وأشار بقوله لمديونه : أن هبة الدين للكفيل تمليك من كل وجه ، حتى يرجع بالدين على المكفول عنه ، ولا يتم إلا بقبوله وإبراء الكفيل عن الدين إسقاط من كل وجه حتى لا يرتد بالرد كذا

لأنه مخاطرة وتعليق (إلابشرط كائن) وليكون تنجيزا كقوله لمديونه إن كان لى عليك دين أبرأتك عنه صح كذا إن مت بضم التاء فأنت برىء منه أو فى حل جاز وكان وصية خانية (جاز العمرى) للمعمر له ولورثته بعده

فى النهاية. ثم قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول يستثنى منه ما إذا أبرأ رب الدين بدل الصرف والسلم أو وهبه له يتوقف على القبول لأن البراءة عنه توجب انفساخه لفوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم، ولا ينفرد أحدهما بفسخه فلابد من قبوله اهـ .

أقول : فقوله والتعليق يختص بالإسقاطات المحضة التى يحلف بها إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها أى لايقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون ، وعزل الوكيل والإبراء عن الدين (قوله لأنه مخاطرة وتعليق) لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المدبون ونحو ذلك لأن المعنى إن مت قبلى وإن جاء الغد والدين عليك ، فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ، فكان مخاطرة كذا قرره شيخ سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

وقال سيدى الوالد رحمه الله تعالى وأقول : الظاهر أن المراد أنه مخاطرة فى مثل إن مت من مرضك هذا وتعليق فى مثل إن جاء الغد والإبراء لا يحتملهما ، وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الإبراء، وأما قوله إن مت بضم التاء فإنما صح وإن كان تعليقا لأنه وصية وهى تحتمل التعليق فافهم، وتقدمت المسألة فى متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه به .

أقول : وهذا يقتضى أن المريض إذا قال فى مرضه إن مت من مرضى هذا فعبدى وصية لفلان أنه باطل لأنه مخاطرة فلا يصح فليتأمل . فهل فرق بين المسألتين ؟ ويمكن أن يقال ما سمعته من أنه وإنما صح هنا وإن كان تعليقا لأنه وصية وهى تحتمل التعليق (قوله ليكون تنجيزا) الأولى فيكون (قوله وكذا إن مت بضم التاء فأنت برىء منه أو فى حل جاز) فرق بينهما فى الهندية ونصه: لو قال رب الدين : إن مت فأنت فى حل منه فهو جائز كذا فى فتاوى قاضيخان ؛ ولو قال : إن مت فأنت برىء من ذلك لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت برىء مما لى عليك لا يبرأ كذا فى وجيز الكردرى اهـ والتعليق موجود فى كل . وقد فرق المؤلف بين قول الدائن: إن مت من مرضى هذا ، وبين إن مت بلاقيد فجعل الأول تعليقا والثانى وصية ط .

والحاصل : أنه إنما لم يجز فى الأول وجاز فى الثانى مع أن التعليق موجود فى كل لأن الأول مخاطرة وتعليق والثانى وصية (قوله جاز العمرى) بالضم اسم من الإعمار صحاح يقال أعمرته الدار عمرى أى جعلتها عليه يسكنها مدة عمره فإذا مات عادت إليه ، وكانوا يفعلون ذلك فى الجاهلية، وفى الشريعة جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر أو على ورثته إذا مات المعمر له أو المعمر ونحوه : أعمرتك دارى هذه حياتك أو وهبتك هذا العبد حياتك ، فإذا مت فهو لورثتى نقاية وشرحها .

قال الشمنى : وصورتها أن يقول: أعمرتك دارى هذه أو هى لك عمرى أو ماعشت أو مدة حياتك أو ماحييت فإذا مت فهى رد على اهـ .

وقال الزيلعى : والعمرى هو أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه، فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، ويبطل الشرط انتهى . وقال فى شرح المجمع : العمرى هى هبة شىء مدة عمر الموهوب له أو الواهب بشرط أن يعود إليه أو إلى ورثته إذا مات الموهوب له انتهى ، فقول الشارح عمره

لبطلان الشرط (لا) تجوز (الرقبى) لأنها تعليق بالخطر ، وإذا لم تصح تكون عارية شمنى لحديث أحمد وغيره «من أعمر عمرى فهى لمعمره فى حياته وموته. لا ترقبوا فمن أرقب شيئا فهو سبيل الميراث» .

(بعث إلى امرأته متاعا) هدايا إليها (وبعثت له أيضا) هدايا عوضا للهبة صرحت بالعوض أولا (ثم افترقا بعد الزفاف وادعى) الزوج (أنه عارية) لاهبة وحلف (فأراد الاسترداد

يصح أن يرجع الضمير إلى الواهب أيضا كما فى الشرنبلالية (قوله لبطلان الشرط) أى شرط الرد على المعمر أو ورثته (قوله لا تجوز الرقبى) هى بالضم من المراقبة . وهى لغة: أن تعطى إنسانا ملكا وتقول إن مت فهولك وإن مت فلى كذا فى المبسوط وغيره. وشريعة أن يقول : دارى لك رقبى إن مت قبلك فهى لك اه، ويعنى : إن مت قبلى فهى لى : أى فكأنه قال له ارقب حياتى ، فإذا مت وأنت حى فهى لك ، فهو تعليق للتمليك بالشرط فلا يصح ، وإنما لم تكن وصية لأنه لم يعلقها بمطلق موته ، بل بشرط أن يموت والمرقب حى فكانت مخاطرة وهذا قول الإمام ومحمد ، والعلة فى عدم الجواز ما ذكره الشارح. قال أبو يوسف : إنها صحيحة لأنها تمليك فى الحال والشرط باطل ، والأول هو الصحيح مضمرات (قوله وإذا لم تصح تكون عارية) أى إذا سلمها إليه لتضمن الرقبى إطلاق الانتفاع حموى عن الينابيع : أى لأنه حينئذ قد أذن له بالانتفاع بها وإنما لم يقيد بذلك لأن الهبة المبوب لها من شرطها التسليم (قوله لمعمره) بفتح الميم الثانية (قوله فى حياته وموته) يحتمل أن يكون الضمير راجعا إلى المعمر بفتح الميم ، ومعنى كونها له فى موته أنها من ماله المتروك عنه ويحتمل رجوع الضمير إلى من فى قوله من (قوله فهو سبيل الميراث) على تقدير مضاف فى المبتدا : أى فطريق الشىء المرقب طريق الميراث عن المرقب بالكسر .

فى كافى الحاكم الشهيد باب الرقبى : رجل حضرته الوفاة فقال : دارى هذه حبيس لم تكن حبيسا ، وهى ميراث ، وكذا إن قال : دارى هذه حبيس على عقبى من بعدى والرقبى هى الحبيس وليس بشىء . قال لرجلين : عبدى هذا لأطولكما حياة أو قال عبدى هذا حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل ، وهو الرقبى ، وكذلك لو قال لرجل : دارى لك حبيس وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : أما أنا فأرى أنه إذا قال : دارى لك حبيس فهى له إذا قبضها ، وقوله : حبيس باطل ، وكذلك إذا قال : هى لك رقبى اه

وفيه أيضا قال : دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها إليه فهى هبة ، وهى بمنزلة قوله طعامى هذا لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه ، وإن قال : وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته فقبضه فهى جائزة، وقوله : حياتك باطل ، وكذلك لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أو قال : أعطيتكها حياتك فإذا مت فهى لى ، وإذا مت أنا فهى لوارثى، وكذا لو قال هو هبة لك ولعقبك من بعدك ، وإن قال أسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهى عارية ، وإن قال هى لك ولعقبك من بعدك فهى هبة له وذكر العقب لغو انتهى (قوله هدايا) أى فيما يظهر وإلا فإنه يدعى العارية فالأولى حذفه (قوله أولا) لأن القرينة تدل أنهاما أرسلت إليه إلا مكافأة لصنيعه (قوله بعد الزفاف) قيد لبيان الواقع لأن فى مثل هذه الحالة يظهر التجاحد ، فلو ادعى ذلك من غير افتراق فالحكم كذلك لأنه هو الدافع فهو أعلم بجهة الدفع وإذا ظهر أنه لم يهد تبين أن عوضها لم يصادف محلها لأنها لم تقصد ابتداء البر بل مكافأة له على صنيعه ، وقد تبين أن لا صنيع منه فتسترد مادفعت تأمل (قوله وحلف) إنما لم يطالب ببينة لاتفاقهما على الملك له ، فجهة التمليك لغيره تعلم منه فإذا تخالفا حلف

وأرادت) هي (الاسترداد أيضا يسترد كل) منهما(ماأعطى) إذ لاهبة فلا عوض. ولو استهلك أحدهما مابعثه الآخر ضمنه لأن من استهلك العارية ضمنها خانية .

(هبة الدين ممن عليه الدين وإبراؤه عنه يتم من غير قبول) إذا لم يوجب انفساخ عقدصرف أو سلم لكنه يرتد بالرد فى المجلس وغيره لما فيه من معنى الإسقاط ، وقيل يتقيد بالمجلس كذا فى العناية . لكن فى الصيرفية لو لم يقبل ولم يرد حتى افترقا ثم بعد أيام رد لايرتد فى الصحيح

ومحله فيا يظهر إذالم تقم بينة على مدعاها (قوله وأرادت هى الاسترداد أيضا) فإذا لم ترد سقط حقها لاحقه (قوله فلا عوض) لأنها إنما قصدت التعويض عن هبته فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض من جهتها فلها الرجوع (قوله فلو استهلك أحدهما) قيد به لإخراج الهلاك ، فإنه لا ضمان فيه إذ هو عارية ، وهذا إنما يظهر فيا للزوج . أما هى فلم تدفعه إلا عوضا فيلزمه مطلقا فتأمل ط (قوله هبة الدين ممن عليه الدين) يعنى سواء كان عليه حقيقة أو حكما كما لو وهب غريم الميت الدين من وارثه . ولورد الوارث الهبة ترتد بالرد خلافا لمحمد وقيل لاخلاف هنا والخلاف فيما لو وهبه للميت فرده الوارث ، ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم ، ولو أبرأ الوارث صح أيضا كذا فى البزازية ذكره الحموى (قوله يتم من غـير قبول) لما فيه من معنى الإسقاط .

قال المصنف فى منحه : فإن قلت : هذا منقوض بدين الصرف والسلم فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله .

قلت : أجيب عنه بأن توقفه على ذلك لا من حيث أنه هبة الدين ، بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف اه (قوله إذا لم يوجب انفساخ عقد صرف أو سلم) أى إذا أبرأه عن أحد بدلى الصرف أو عن رأس مال السلم يتوقف على القبول لما علمت من كونه موجبا للفسخ فيهما لا لكونه هبة (قوله لكنه يرتد بالرد) استدراك على قوله يتم من غير قبول . يعنى وإن تم من غير قبول لما فيه من معنى الإسقاط لكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ح .

قال فى الأشباه : الإبراء يرتد بالرد إلا فى مسائل : الأولى إذا أبرأ المحتال المحال عليه فرده لايرتد، وكذا إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه . وكذا إذا أبرأ الطالب الكفيل ، وقيل يرتد : الرابعة إذا قبله ثم رده لم يرتد اه .

وفى البحر : أطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونها إسقاطا اه (قوله لما فيه من معنى الإسقاط) تعليل للتعميم . يعنى وإنما صح الرد فى غير المجلس لما فيه من معنى الإسقاط إذ التمليك المحض يتقيد رده بالمجلس ، وليس تعليلا لقوله يرتد بالرد لما علمت أن علته ما فيه من معنى التمليك فتنبه ح .

والحاصل : أن الإبراء عن الدين فيه معنى التمليك ومعنى الإسقاط وهبة الدين كالإبراء منه ، فن حيث الإسقاط لايتوقف على القبول على خلاف فى الهبة ومن حيث التمليك يرتد بالرد .

قال فى الصيرفية : رب الدين إذا وهب الدين من المديون فلم يقبل ولم يرد حتى افترقا فجاء بعد أيام ورد الصحيح أنه لايرتد هذا الاختلاف بناء على أن الرجحان فى هبة الدين من المديون بطريق الإسقاط أم بطريق التمليك؟ فمن قال للتمليك قال : يقتصر الجواب على المجلس . ومن قال للإسقاط قال : لايقتصر انتهى . ويرد عليه أنه إذا ترجح جانب الإسقاط ينبغى أن لايرتد مطلقا تأمل (قوله لكن فى الصيرفية) استدراك على تضعيف

لكن فى المجتبى الأصح أن الهبة تمليك والإبراء إسقاط .
(تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا) فى ثلاث حوالة ووصية و (إذا سلطه) أى سلط المملك غير المديون (على قبضه) أى الدين (فيصح) حينئذ ، ومنه مالو وهبت من ابنها ماعلى أبيه فالمعتمد الصحة للتسليط

للعناية القول الثانى ح . وقد يقال : هو وإن كان صحيحا فغيره أصح فتحصل أنهما قولان مصححان ط (قوله لكن فى المجتبى) استدراك على جعلهم كلا من الهبة والإبراء إسقاطا من وجه تمليكا من وجه ، وأنت خبير بأن هذا الاستدراك مخالف للمشهور ح (قوله تمليك) أى فتحتاج إلى القبول كما صرح به فى المجتبى وعزا التسوية بين الهبة والإبراء لزفر (قوله والإبراء إسقاط) ومن قال للإسقاط لا يحتاج إليه منح (قوله تمليك الدين الخ) قال المحشى الحموى : يستثنى من ذلك ما فى القنية من باب الأجر فى القرض . ولو قال الأجنبى للدائن : هب دينه لى أو حله لى أو قال اجعل ذلك لى فقال قد فعلت يبرأ استحسانا ولو وهبه له ابتداء لا يبرأ انتهى (قوله حوالة) أى إذا كان المحال عليه مديون المحيل وقد أحال شخصا عليه فإن الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، والتعبير بالانتقال يفيد أن المحال لم يملك ما بذمة المحال عليه من الدين ، وإنما هو لما رضى بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل فإذا دفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما فليتأمل . وأيضا المحال مسلط على قبضه من المحال عليه ، ويقال فى الوصية ليس فيها تمليك وإنما هو تسليط أيضا فرجع الأمر إلى التسليط فى الكل (قوله ووصية) أى بأن أوصى بالدين الذى له على زيد لعمرو فإنه يصح لأن الموصى له خليفة عن الميت ، وكذا إذا أوصى بثلث ماله مثلا وفى التركة ديون فإن الموصى له يملك من الديون بقدر وصيته أى يملك المطالبة ، وإنما يصير ملكا حقيقة إذا صار عينا (قوله وإذا سلطه على قبضه) أى وقبضه فيصح يعنى لأنه يصير حينئذ وكيلا عن الدائن فى القبض من المديون ثم يقبض لنفسه كما ذكره الحموى ، ومقتضاه صحة عزله عن التسليط أشباه .

قال فى جامع الفصولين : هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه فقبضه جاز صك لم يجز إلا إذا سلطه على قبضه ، فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضه انتهى فتنبه لذلك رملى (قوله فيصح الخ) وحينئذ يصير وكيلا فى القبض عن الآمر ثم أصيلا فى القبض لنفسه ، ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض ، وإذا قبض بدل الدراهم دنانير صح ؛ لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال ، وإذا نوى فى ذلك التصدق بالزكاة أجزأه كما فى الأشباه (قوله ومنه) أى مما استثنى (قوله ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه) أى وأمرته بالقبض بزازية .

وفى الأشباه فى أحكام الدين : وهبت مهرها من أبيها أو لابنها الصغير من هذا الزوج إن أمرت بالقبض صحت وإلا لا لأنها هبة الدين من غير من عليه الدين ، ومثله فى مجموعة مؤيد زاده (قوله فالمعتمد الصحة للتسليط) أى إذا سلطته على القبض كما يشير إليه قوله ومنه . وفى الخانية : وهبت المهر لابنها الصغير الذى من هذا الزوج الصحيح أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد إذا قبض اهـ . فقول الشارح للتسليط : أى التسليط صريحا لا حكما وعادة كما فهمه السائحانى وغيره .

قال فى الحاوى القدسى : إن سلطته على قبضه وهو الصواب ، لكن ينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل فإن القبض يكون لأبيه ، فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه ، أو يكفى قبوله كما فى هبة الدين ممن

ويتفرع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز ولو كان وكيلا بالبيع فضولين (و) ليس منه ما (إذا أقر الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه) فى كتاب الدين (عارية) حيث (صح) إقراره لكونه إخباراً لا تمليكا فللمقر له قبضه بزازية وتمامه فى الأشباه من أحكام الدين وكذا لو قال: الدين الذى لى على فلان لفلان بزازية وغيرها .

قلت : وهو مشكل لأنه مع الإضافة إلى نفسه يكون تمليكا وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل فتأمله .

عليه؟ يراجع (قوله ويتفرع على هذا الأصل) أى الذى ذكره المصنف (قوله لم يجز) إلا أن يسلطه الدائن على المديون ويقبضه منه، ونقل فى الأشباه قولين : بالجواز ، وعدمه ، وقدم الجواز وظاهره اعتماده .

قال فى القنية : قضى دين غيره ليكون له ما على المطلوب فرضى جاز. وفى ط وصلك بخلافه اهـ ، ومنه ومما فى الأشباه يعلم أن التفريع على أحد القولين (قوله ولو كان وكيلا بالبيع) أى فقضى للموكل الثمن ليصير ما بذمة المشترى له لا يصح فيكون القضاء على هذا فاسدا ويرجع البائع على الآمر بما أعطاه وكان الثمن على المشترى على حاله أشباه إلا أن يسلطه الموكل على القبض بعد الدفع . أما قبله فالولاية فى الطلب له كما لا يخفى (قوله وليس منه) أى من تمليك الدين من غير من عليه الدين (قوله حيث صح إقراره) أى قضاء أما فى الديانة فلا يحل له الدين إذا لم يكن له فى نفس الأمر لأن الإقرار ليس سببا للملك مع أن التمليك هنا لا يفيد مالم يأمره (قوله فللمقر له قبضه) فإذا دفعه إليه برىء وكذا إذا دفع إلى المقر كما فى المنح ، وأكثر النسخ كما هنا وفى بعضها فللمقر ولاية قبضه ، وهذا الموافق لما فى البزازية فليراجع فإنه مهم (قوله وتمامه فى الأشباه من أحكام الدين) لعل الضمير راجع إلى الدين أى تمام بيان أحكامه ، وإلا فلم يتكلم فى الأشباه على هذه المسئلة ط.

أقول : وعبارتها ون وكالة الواقعات الحسامية لو قال : وهبت منك الدراهم التى لى على فلان فاقبضها منه فقبض مكانها دنانير جاز ، لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال اهـ وهو مقتض لعدم صحة الرجوع عن التسليط لكن ينافيه ما قدمناه عن الأشباه فتأمل (قوله لى على فلان) أى وإن زاد لفظ لى ولذا استشكله الشارح (قوله بزازية الخ) والبزازى تبع ما فى الخلاصة ، وسبق فى الإقرار الاعتراض عليها وسبق تأييد الاعتراض (قوله قلت وهو مشكل الخ) أقول : هذا الإشكال ذكره المصنف فى منحه أيضا .

وأجاب عنه الرملى فى حاشية المنح فى كتاب الإقرار فقال بعد كلام طويل : والحاصل أن الإقرار يصح مطلقا بلا قبول ، ولا يلزم لو كان المقر له غائبا ولعدم لزومه جاز أن يقر به لغيره قبل حضوره ، فاجتمعت كلمتهم على أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار ، وأما لزومه فشىء آخر والمصنف لم يفرق بين الصحة واللزوم فاستشكل على الصحة المجتمعة عليها كلمتهم باللزوم. وأما ما أجاب به المجيب المذكور ففيه نظر إذ لو كان كما فهمه لما افترق الإقرار للغائب والحاضر مع أن الظاهر أن بينهما فرقا فى الحكم ، ألا ترى إلى قوله فى الخانية ولو أقر لولده الكبير الغائب أو أجنبى بعد قوله : وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده ولا يلزم من جانب المقر له فصح رده . وأما الصحة فلا شبهة فيها فى الجانبين بدون القبول كما يفهم من كلامهم فظهر الجواب وزال الإشكال بما قررناه والحمد لله تعالى اهـ (قوله لأنه مع الإضافة إلى نفسه) أى مع إسناد المال إليه (قوله فتأمله) يمكن الجواب بأن المراد الدين الذى لى على فلان بحسب الظاهر هو لفلان أى فى نفس الأمر فلا إشكال اهـ ح لكن يقال فيه : إنه متى أمكن الحقيقة ، فلا يعدل إلى المجاز وتقدم فى الإقرار ما يقوى إشكال الشارح ، ولعل المراد بالإضافة فى قوله : الدين الذى لى على فلان إضافة نسبة لا ملك كما فى قولهم : جميع ما فى بيتى لفلان فإنه إقرار ، وكذا جميع ما يعرف بى أو ينسب إلى .

وفى الأشباه فى قاعدة تصرف الإمام معزيا لصلح البزازية : اصطلحا أن يكتب اسم أحدهما فى الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه الخ (والصدقة كالهبة) بجامع التبرع وحينئذ (لاتصح غير مقبوضة ولا فى مشاع يقسم ولا رجوع فيها) ولو على غنى لأن المقصود فيها الثواب لاالعوض، ولو اختلفا فقال الواهب : هبة والآخر : صدقة فالقول للواهب خانية .

أقول : ويمكن أن يكون مبنيا على الخلاف ، فإنه قال فى القنية راقما لعلى السغدى إقرار الأب اولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه فى الإقرار ، وإن أطلق فإقرار كما فى سدس دارى وسدس هذه الدار ثم رقم لنجم الأئمة البخارى إقرار فى الحالين لاتمليك اه. قال فى إقرار المنح فيفيد أن فى المسألة خلافا، ولكن الأصل المذكور هو المشهور ، وعليه فروع فى الخانية وغيرها وقد مرت المسئلة قبيل إقرار المريض ، وأجبنا عنها بجواب حسن فارجع إليه (قوله اصطلحا الخ) مناسبة ذكر هذه المسئلة كتابة اسم غير المستحق فإن المكتوب اسمه لا يستحق المكتوب (قوله فالعطاء لمن كتب اسمه) عبارة البزازية له عطاء فى الديوان ومات عن ابنين فاصطلحا على أن يكتب اسم أحدهما فى الديوان ويأخذ العطاء هو والآخر لا شيء له من العطاء ، ويبذل من كان له العطاء مالا فالصلح باطل ، ويرد بدل الصلح والعطاء الذى جعل الإمام العطاء له ، لأن الاستحقاق للعطاء بإثبات الإمام لادخل ارضا لغير وجعله غير أن السلطان إن منع المستحق ، فقد ظلم مرتين فى قضية فى حرمان المستحق ، وإثبات غير المستحق مقامه اه (قوله والصدقة كالهبة الخ) قال فى العناية : لما كانت الصدقة تشارك الهبة فى الشروط ، وتخالفها فى الحكم ذكرها فى كتاب الهبة اه وقدم المصنف أحكام الهبة على الصدقة لعمومها فى حق المسلم والكافر ، وكثرت تفاريعها كما فى المفتاح وهو عكس ما هو المشهور من أن ماكثرت تفاريعه يؤخر لطول الكلام عليه حموى (قوله لا تصح غير مقبوضة) أى لا تتم (قوله ولا فى مشاع يقسم) قيد به لأنه لا تصح فى مشاع لا يقسم حموى .

فإن قلت : قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله : وصح تصدق عشرة لفقيرين .

قلت : المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع ، يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم بحر (قوله ولا رجوع فيها) الأولى غير أنه لا رجوع فيها لأن عبارته توهم أنها مثلها فيه ، وقد ذكرها فى الدرر مستقلة بلا تشبيه حيث قال : تصدق على غنى أو وهبه لفقير لا يرجع اعتبار اللفظ فى الأولى ، وللمعنى فى الثانية .

والحاصل : أنها جملة مستأنفة وليست بداخلة تحت التثنية وإلا لفسد المعنى فليتأمل. وضمير فيها للصدقة وفى القدورى الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ولا يصح الرجوع فى الصدقة بعد القبض اه (قوله ولو على غنى) أى ولو تصدق على غنى ليس له الرجوع ، واختاره فى الهداية مقتصرا عليه لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله بحر ، وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغنى هبة ولعلهما قولان تأمل. قال القهستانى: الفقير والغنى يستويان فى عدم العود وقال بعضهم: إن له العود على الغنى اه ثم رأيت الشمنى ذكره حيث قال : ولو تصدق على غنى لايعود استحسان والقياس أن يعود وبه قال بعض أصحابنا الخ (قوله لأن المقصود فيها الثواب) وقدحصل قيل عليه أن حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب عندنا خلافا للمعتزلة فلا يقطع بحصوله. ويمكن أن يقال : حصول الوعد بالثواب أخى جلبى (قوله فالقول للواهب) لأنه الدافع فهو أدرى بجهة الدفع .

[فروع] كتب قصة إلى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكا له هل يحتاج إلى القبول فى المجلس ؟ القياس نعم ، لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره .

أعطت زوجها مالا بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرمائه إن كانت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم وإن أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك

أقول : ونقل الرملى فى حاشيته على المنح عن الزاهدى فى كتابه المسمى بحاوى مسائل المنية : رجل اشترى اشترى حليا ودفعه إلى امرأته واستعملته ثم ماتت ثم اختلف الزوج وورثتها أنها هبة أو عارية فالقول للزوج مع اليمين أنه دفع ذلك إليها عارية لأنه منكر للهبة .

أقول : وهذا صريح فى رد كلام أكثر العوام أن تمتع المرأة يوجب التمليك ، ولا شك فى فساده اه وسبقه إلى هذا صاحب البحر كما ذكرناه عنه فى باب التحالف وكتبنا هناك عن البدائع : أن المرأة إن أقرت أن هذا المتاع اشتراه لى سقط قولها ، لأنها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بالبينة اه وظاهره شمول ثياب البدن ، ولعله فى غير الكسوة الواجبة وهو الزائد عليها تأمل وراجع ، ويدل عليه مامر أول الهبة من قوله : اتخذ لولده أو لتلميذه ثيابا الخ وكذا ما قدمناه ثمة عن الخزانة عند قول المصنف : هو الإيجاب والقبول فحيث لارجوع له هناك مالم يصرح بالعارية فهنا أولى .

مطلب فى معنى التمليك

[تنبيه] قال السيد الحموى : اعلم أن التمليك يكون فى معنى الهبة ، ويتم بالقبض ، وإذا عرى عن القبض والتسليم اختلاف العلماء فيه ، فقيل : يجوز ، وقيل : لايجوز قياسا على الهبة وأكثر المشايخ على أنه يجوز بدون التسليم ، وأنه غير الهبة ، لأن التمليك والهبة شيئان اسما وحكما أما الاسم فظاهر ، وأما حكما فلأنه لو وهب الثمار على رؤوس الأشجار لايجوز ، ولو أقر بالتمليك يجوز فثبت أن التمليك يصح بدون التسليم ، وأنه غير الهبة وعليه الفتوى وعمل الناس ، وموت المقر بمنزلة التسليم بالاتفاق كذا فى المفتاح اه قال ط : والمناسب فى المقابلة أن يقول ولو ملكه لأن الإقرار بالملك .

صورته أن يقول : هذا الشيء لفلان وهو إخبار لا تمليك اه (قوله جعلتها ملكا له) هذا إنما يتم فى أرض موات أو ملك السلطان أما إذا أقطعه من غير ذلك فللإمام أن يخرجه متى شاء كما سلف ذلك فى العشر والخراج ط (قوله القياس نعم) لأنه تمليك يحتاج إلى القبول فى المجلس ، والقياس أن لا يكفى الأمر بالكتابة ، بل يقتضى أن يقول ملكته وقوله : مقام حضوره الأولى مقام قبوله (قوله أعطت زوجها الخ) ولو كانت تدفع إليه فضة عند الحاجة إلى النفقة أو شيئا آخر وهو ينفقه على عياله ليس لها أن ترجع بذلك عليه (قوله والقول قولها) لأنها الدافعة ، فهى أدرى بجهة الدفع لأنها المملكة ، ولا يعلم إلا من جهتها ، ولأنها منكرة للتمليك ، والقول للمنكر بيمينه . وفى الصورة الثانية : القول للوارث لما فى جامع الفصولين : ادعى على الميت ألفا فبرهن وارثه أن الميت أعطاه ألفا يقبل ، والوارث يصدق بأنه أعطاه بجهة الدين لقيامه مقام مورثه فيصدق فى جهة التمليك (قوله إن كانت وهبته أو أقرضته) ذكر فى أول الغصب رجل كان يتصرف فى غلات امرأته ويدفع ذهبها بالمرابحة ثم ماتت فادعى ورثتها أنك كنت تتصرف فى مالها بغير إذنها فعليك الضمان ، فقال الزوج : بل بإذنها فالقول قول الزوج ، لأن الظاهر شاهد له : أى والظاهر يكفى للدفع حموى .

لا له .

دفع لابنه مالا ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب إن أعطاه هبة فالكل له وإلا فميراث وتمامه فى جواهر الفتاوى .

بعث إليه بهدية فى إناء هل يباح أكلها فيه، إن كان ثريدا ونحوه مما لو حوله إلى إناء آخر ذهبت لذته يباح فإن كان بينهما انبساط يباح أيضا وإلا فلا .

دعا قوما إلى طعام وفرقهم على أخونة ليس لأهل خوان مناولة أهل خوان آخر ولا إعطاء سائل

قلت: وسيأتى فى شتى الوصايا فيما لو عمر دار زوجته أنه لو اختلفا فى الإذن وعدمه فالقول للمنكر تأمل اه (قوله لا له) أى ليس للغريم أن يأخذ ذلك المال (قوله وإلا) أى وإن لم يعطه هبة بأن أعطاه قرضا أو دفع إليه ليعمل للأب (قوله فميراث) فالأصل ميراث والربح له (قوله وتمامه فى جواهر الفتاوى) وعبارته: أمير وهب جارية لرجل فأخبرته أنها كانت لتاجر قتله عدوه واستولى عليه وتداولتها الأيدى والموهوب له لايجد ورثة المقتول وهو يعلم أنه لو خلاها ضاعت ولو أمسكها ربما يقع فى فتنة فله أن يرفع الأمر إلى القاضى ليبيعها للغائب من ذى اليد، حتى إذا ظهر المالك كان له على ذى اليد الثمن اه (قوله وإلا) بأن كان فاكهة ونحوه مما لايذهب التحويل لذاته (قوله فإن كان بينهما انبساط يباح أيضا) أى كما يباح الأكل فى إناء الثريد الذى تذهب لذته بالتحويل يباح أيضا إذا كان بينهما انبساط: أى رفع كلفة كما تقدم من أن أحدهما يدخل بيت الآخر بدون إذنه، ويأكل من طعامه ويتناول أوانيه وأشياءه، وإلا فلا، وكذا تعتبر العادة والعرف فى وعاء الهدية كما فى زماننا فإن الحاج حين قدومه يرسل هدايا لأصحابه فيرسل لهم ماء زمزم بإناء ثمين من الصينى فإن العادة جرت أن يأخذها المهدى إليه مع وعائها، بخلاف ما إذا أهدى رجل لآخر عنبا فى قوصرة أو لبنا فى وعاء فإنه يأخذ العنب واللبن دون القوصرة والوعاء .

قال فى الهندية: ويقال إذا بعث إليه هدية فى ظرف وإناء أو فى العادة رد ذلك لم يملكهما كالقصاع والجراب وما أشبه ذلك، وإن كان من العادة أن لا يرد الظرف كقواصير التمر، فالظرف هدية أيضا لايلزمه رده ثم إذا لم يكن الظرف هدية كان أمانة فى يد المهدى إليه، وليس له أن يستعمله فى غير الهدية، وله أن يأكل الهدية فيه إذا لم تقتض العادة تفريغه، فإن اقتضت تفريغه وتحويله لزمه تفريغه اه (قوله ليس لأهل خوان) هو كغراب وكتاب: مايؤكل عليه الطعام قاموس (قوله مناولة أهل خوان آخر) ولو ناول من معه على خوانه لابأس به قال الفقية: هذا قياس. وفى الاستحسان أن كل من كان فى تلك الضيافة إذا أعطاه جاز وبه نأخذ كذا فى الحاوى للفتاوى اه هندية .

وفيها لو قال الوكيل: لا أسلم من تناول مالك فقال الآمر: أنت فى حل من تناولك منه من درهم إلى مائة درهم، ليس له أن يأخذ مائة أو خمسين جملة، وله أن يتناول من المأكول والمشروب والدراهم مالا بد منه، ولو أهدى رجل إلى مقرضه شيئا فإن لم يهد قبل القرض كره القبول اه .

أقول: أى كالقاضى فإنه ليس له أن يتناول هدية من ليس له عادة فى مهاداته قبل تقلده القضاء (قوله ولا إعطاء سائل الخ) هو ليس خاصا بأهل الأخونة بل مطلق الضيف فهو تعميم بعد تخصيص، أما أهل الأخونة فإنه قد خص كل قوم بطعام أذن لهم فيه، فإذا أطعم أهل خوان آخر فقد أباحه لغير من أباح له المضيف

وخادم وهرة لغير رب المنزل ولا كلب ولو لرب المنزل إلا أن يناوله الخبز المحترق للإذن عادة وتمامه في الجوهرة .

وفى الأشباه : لاجبر على الصلاة إلا فى أربع : شفعة، ونفقة زوجته وعين موصى بها

وفيه إضرار بجماعته لأن حقهم قد تعلق به بإباحة رب المنزل إياهم ، وربما يكون الطعام لايكفيهم ، فنى إطعام أهل الخوان الثانى تصرف فى مال غيره بغير إذنه وإضرار برفقته ، فبالنظر إلى الشق الأول لوكان بينه وبين رب المنزل مباسطة بحيث يسوغ له إطعام طعامه بغير إذنه جاز له إطعام أهل الخوان الثانى وبالنظر لحق رفقائه لايجوز . وأما إطعام أهل خوانه فجائز لأن رب المنزل أباحه لهم وأما إعطاء السائل فإنه افتيات على رب المنزل فلا يجوز إلا إذا كان بينهما مباسطة بحيث يعلم أنه يرضى بتصرفه فى ماله كما قال تعالى —أو صديقكم— فإنه ذكر فى تفسيره أن معناه والله أعلم له أن يدخل دار صديقه ويضيف من طعامه بغير إذنه إذا وثق برضاه بذلك فإطعام من ذكر بالأولى (قوله وخادم) أى ممن هو قائم على رأس المائدة جوهرة فأفاد أن ذلك فى خدمة رب المنزل فغيرهم أولى ، وقد صور هذه المسألة فى الضيف . وأدرجها المؤلف فى مسألة أهل الخوان لأنهم ضيوف ط (قوله لغير رب المنزل) فإن كانت هرة صاحب البيت جاز استحسانا جوهرة (قوله وتمامه فى الجوهرة) وعبارتها : رجل كتب إلى آخر كتابا وذكر فيه اكتب الجواب على ظهره لزمه رده وليس له التصرف فيه وإلا ملكه المكتوب إليه عرفا .

رجل مات وبعث إلى ابنه كفنا ليكفنه فيه هل يملكه حتى يكون له أن يكفنه فى غيره، ويمسكه لنفسه إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه أوورع فإن الابن لا يملكه وإن كفنه فى غيره وجب عليه رده على صاحبه وإن لم يكن كذلك جاز للابن أن يصرفه إلى حيث أحب اه (قوله لا جبر على الصلات) بكسر الصاد جمع صلة وهى عبارة عن أداء مال ليس بمقابلة عوض مالى كالزكاة وغيرها من النذور والكفارات انتهى معراج لكن لا يظهر ذلك فى الشفعة ط (قوله شفعة) فيجب على المشترى تسليم العقار إلى الشفيع مع أنها صلة شرعية ، ولذا لو مات الشفيع بطلت الشفعة أشباه . وإنما وجبت صلة للشفيع لجوازه بأحد الوجوه الثلاثة دفعها للضرر عنه ومع ذلك يأخذها جبرا من البائع إن كانت فى يده أو من المشترى (قوله ونفقة زوجته) لأنها وإن كانت صلة من وجه إلا أنها عوض من وجه آخر لأنها جزاء الاحتباس ذخيرة ويجبر عليها ولو بالحبس بيرى، ومثلها نفقة القرابة ، والولاد ، بل هى أولى من نفقة الزوجة لأنها صلة محضة ، أما نفقة الزوجة فلها شبه بالأجرة لأن فيها جزاء الاحتباس. قال الصدر الشهيد : إذا مات الزوج بطل ما كان عليه واجبا من النفقة ولم تأخذ ذلك من ميراثه ، لأن أصل ذلك لم يكن مالا ، وإذا لم يكن مالا كانت النفقة فى حق وصفية المالية صلة والصلات لاتتم إلا بالتسليم : وإذا مات قبل التسليم تسقط. فإن قيل : لو كانت صلة كيف يجبر الزوج على التسليم .

قلنا : يجوز أن يجبر ألا ترى أنه من أوصى أن يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصى ، فإن الورثة يجبرون على تنفيذ الوصية فى العبد وإن كانت صلة ، ولو مات العبد تبطل الوصية انتهى .

أقول : وقدمنا فى أوائل باب الرجوع فى الهبة عند قول المصنف والميم موت أحد العاقدين وذكر الشارح ثمة مايسقط بالموت ونقلنا ثمة عن حاشية أبى السعود : أن المراد من النفقة التى تسقط غير المستدانة بأمر القاضى أما هى فقد جزم فى الظهيرية بعدم السقوط وصححه فى الذخيرة إلى آخر ما قدمناه فارجع إليه (قوله وعين موصى بها) فيجب على الوارث دفعها إلى الموصى له بعد موت الموصى أشباه ولم يجز الجبر فيها على الواصل ؛

ومال وقف ، وقد حررت أبيات الوهبانية على وفق مافى شرحها للشرنبلالى فقلت :

وواهب دين ليس يرجع مطلقا — وإبراء ذى نصف يصح المحرر

على حجها أو تركه ظلمه لها — إذا وهبت مهرا ولم يوف يخسر

فإنها صلة من الموصى ، والجبر يجرى على الوصى والوارث ، وليس هو ذا الصلة ، بل متعرض لمال غيره لأن الوصية مستحقة للموصى له ، وكذا مال الوقف ، فإن الصلة من الواقف ، والجبر على المتولى ، فلا خصوصية للجبر فيهما ، بل كل من كان فى يده صلة من شخص لآخر يجبر على تسليمها إليه (قوله ومال وقف) فإنه يجب على الناظر تسليمه للموقوف عليه مع أنه صلة محضة إن لم يكن فى مقابلة عمل وإلا ففيه شائبتها انتهى أشباه. ويزاد ما تؤديه العاقلة من الدية ، فإن الإيجاب على العاقلة بطريق الصلة بيرى (قوله وقد حررت أبيات الوهبانية) ركب أشطار بيوت على أشطار بيوت أخر وحذف بعض ما يحتاج إليه منها وزاد فيها ما ليس منها ، وقوله لم يوف بإسكان الواو ، وقوله : يؤخذ بإسكان الذال ، وقوله : وعندى بفتح الياء ط (قوله ليس يرجع مطلقا) أى سواء قبل المديون أولم يقبل بل سكت ، فإن سكوته يكون قبولا حكما ، وسواء ثم كان مانع فى الرجوع أولا لأنها إسقاط ، والساقط يكون متلاشيا فلا يتحقق الرجوع فيه كالإبراء ، وكما لو هلك الموهوب ، والإبراء يتم من غير تصريح بالقبول فيكون صريحا ودلالة . ومن المشايخ من جعل هبة الدين كالإبراء فتتم بلا صريح قبول ،ويرتد كل من الإبراء والهبة بالرد كما فى الشرنبلالية . وقال ابن شجاع : لايعمل رده وجرى المصنف على إطلاق السقوط ، ويظهر لك مما فى الشرنبلالية ما فى كلام البحر حيث قال أول باب الرجوع : وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان ، فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول ، بخلافه قبله لكونها إسقاطا انتهى وكأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع تأمل وقدمناه أول باب الرجوع (قوله وإبراء ذى نصف يصح) صورته : لهما دين على رجل قال أحدهما له : وهبتك نصيبى جاز فيه ، وإن قال : وهبتك نصف الدين مطلقا عن إضافته إليه اختلفت الرواية فى رواية ينفذ فى الربع كما لو وهبه نصف العبد المشترك ، فيصرف إليه الهبة ، أو تصرف إلى الكل فى إطلاق هبة نصف الدين ، وهو ظاهر الرواية شرنبلالية فلذا أطلق الشارح قوله وإبراء ذى نصف ليشمل قوله وهبتك نصيبى ، وبه يسقط نصيبه بالاتفاق ، وكذا قوله : أبرأتك عن نصف الدين فى ظاهر الرواية .

وخاصله : أنه لوكان لاثنين دين مشترك على شخص فأبرأه أحدهما ، فتارة يقول أبرأتك من نصيبى فهو كما قال اتفاقا ، وتارة يقول : وهبتك نصف الدين من غير إضافة وظاهر الرواية أنه كالأول وقيل يكون إبراء من نصف النصف وهو الربع (قوله المحرر) أى هذا هو المحرر (قوله على حجها) متعلق بوهبت .

وصورته : تركت مهرها للزوج على أن يحج بها فلم يحج ، فالمفتى به أنه لايبرأ لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض ، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا والهبة لا تصح بدون الرضا (قوله أو تركه ظلمه لها) يعنى لو قالت لزوجها : وهبت مهرى منك على أن لا تظلمنى فقبل صحت الهبة ، فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية كما فى شرح الواقعات ، ونسبه إلى أبى بكر الإسكاف وأبى القاسم الصفار ، وعلله قاضيخان بأنه تعليق الهبة بالقبول ، فإذا قبل تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك ، وفى الأجناس وابن مقاتل قال : مهرها عليه على حاله إن ظلمها لأنها لم ترض بالهبة إلا بهذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا .

ثم قال : والحاصل أنه لا فرق على ما عليه الفتوى بين مسألة الظلم ومسألة الحج كما صرح به قاضيخان

معلق تطليق بإبراء مهـرها ... وإنكاح أخرى لو يرد فيظفر
وإن قبض الإنسان مال مبيعه ... فأبرأ يؤخذ منه كالدين أظهر

عبد البر (قوله معلق تطليق الخ) ليس هذا فى الوهبانية أصلاوإنما هى مسألة سئل عنها الشرنبلالى ونظمها وهى قال لها : متى نكحت عليك أخرى وأبرأتنى من مهرك فأنت طالق فهل إذا ادعى أنه أوفاها المهر فلم يبق ما تبريه عنه وأنكرت يقبل فى عدم الحنث وإن لم يقبل بالنظر لسقوط حقها ، كما يقبل قوله : لو اختلفا فى وجود الشرط .

فأجاب : أن رد الإبراء لم يحنث لأنه لو كان كما ادعت فرده أبطله ، وإن كما ادعى فالرد معتبر لبطلان الإبراء المقتضى للحنث ، وإنما اعتبر للرد مع دعوى الدفع لما يأتى إذا قبض دينه ، ثم أبرأ غريمه وقيل صح الإبراء ، ويرجع عليه بما قبض اه ملخصا أى.ومفهومه لولم يقبل لم يصح الإبراء أى فلم يحنث. قال: وإنماسطرته دفعا لما يتوهم من الحنث بمجرد الإبراء ونقل الشارح آخر باب التعليق : بقى ما يكتب فى التعاليق متى نقلها أو تزوج عليها وأبرأته من كذا أو من باقى صداقها ، فلو دفع لها الكل هل تبطل؟ الظاهر لا لتصريحهم بصحة براءة الإسقاط والرجوع بما دفعه اه .

وكتب عليه سيدى ثمة قوله : فلو دفع لها الكل أى كل الدين المعبر عنه بقوله من كذا أو كل باقى الصداق وقوله : هل تبطل أى اليمين المذكورة ووجه التوقف أن الطلاق معلق على شرطين ، وهما النقل والإبراء أوالتزوج والإبراء ، فإذا وجد أحدهما فلا بد من وجود الآخر وهو الإبراء مع أن المبرأ عنه قد دفعه لها وقوله لتصريحهم الخ .

قال فى الأشباه : الإبراء بعد قضاء الدين صحيح لأن الساقط بالقضاء المطالبة لا أصل الدين فيرجع المديون بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط ، وإذا أبرأه براءة استيفاء فلا رجوع . واختلفوا فيما إذا أطلقها وعلى هذا لوعلق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق ، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع ورجع عليها اه .

والحاصل : أن الدين وصف فى ذمة المديون والدين يقضى بمثله : أى إذا أوفى ماعليه لغريمه ثبت له على غريمه مثل مالغريمه عليه فتسقط المطالبة ، فإذا أبرأه غريمه براءة إسقاط سقط ما بذمته لغريمه فتثبت له مطالبة غريمه بما أوفاه فقد صحت البراءة بعد الدفع ، فلا يبطل اليمين بل يتوقف الوقوع على البراءة ، بخلاف ما إذا أبرأه براءة استيفاء لأنها بمعنى إقراره باستيفاء دينه وبابه لامطالبة له عليه فلايرجع عليه المديون لعدم سقوط مابذمته بذلك ، وأما لو أطلق فينبغى فى زماننا حملها على الاستيفاء لعدم فهمهم غيرها (قوله لو يردفيظفر) الأولى أن يقول فادعى الدفع يظفر (قوله وإن قبض الإنسان الخ) أى قبض البائع الثمن وهو المراد بمال مبيعه أى مال بدلا عن مبيعه ، ثم أبرأ المشترى عنه يرجع المشترى على بائعه بما دفع عليه والدائن إذا قبض دينه ثم أبرأ المدين عنه صح ويرجع المديون على الدائن بما قبض منه .

قال العلامة عبدالبر : صورة الأولى : باع وقبض الثمن من المشترى ثم أبرأ البائع المشترى من الثمن بعدالقبض يصح إبراؤه ويرجع المشترى على البائع بماكان دفعه إليه من الثمن .

والثانية لوأبرأ الدائن المديون بعد إيفاء الدين وقبضه صح ورجع المديون عليه . والأصل فيه أن الديون تقضى بأمثالها لابأعيانها ، فإذا أبرأ مما فى الذمة بقى ما قبضه لا فى مقابلة شيء فيستحق المطالبة ، ويلزمه رده إذا طالبه به اه .

ومن دون أرض فى البناء صحيحة وعندى فيه وقفة فيحـــرر

قلت : وجه توقفى تصريحهم فى كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لايصح لأنه كالشائع فتأمله وأشرت بأظهر لمـا فى العمادية عن خواهر زاده لايرجع واختاره بعض المشايخ وفيظفر : أى بنكاح ضرتها لأنه برده بالإبراء أبطله فلا حنث فليحفظ انتهى .

أقول : وفيه بحث لأنه لو حلف أن لادين عليه أوله بعد القبض لاحنث لتقاضيه بمـا قبضه عماله. وفى فصول العمادى أن الرجوع بالإبراء بعد القبض اختيار شمس الأئمة السرخسى والصدر الشهيد وذكر خواهرزاده أنه لايرجع ، وهو اختيار بعض المشايخ انتهى . فما ذكره فى البيت فيه اختلاف أهل الترجيح كما ترى ولمـا تبع الشارح ابن وهبان اقتداء بمن نقل هـذا القول عنهم من أجلاء أئمة المذهب جعله هو الأظهر كما قال وأشرت بأظهر لما فى العمادية الخ (قوله ومن دون) متعلق هو وقوله فى البناء بصحيحة وصحيحة خبر لمبتدإ محذوف تقديره هى أى الهبة (قوله وعندى فيه وقفة) أصلها للعلامة عبد البر بعد أن قال إن المسئلة منقولة عن الذخيرة والمنية والتتمة ، وعلله فى التتمة بما فى كتاب الشفعة أن المشترى إذا قال اشتريت الأرض ، والبائع وهبنى البناء وقال الشفيع : بل اشتريتهما فالقول قول المشترى ، ثم قال : وعندى فى الاستدلال به نظر لأنه قد يدعى أن الصحة هنا إنما جاءت من قبل تقدم ملـكه للأرض ، وينبغى أن لا يصح هبة البناء بدون الأرض لأن القبض شرط فى الهبة وهذا بمنزلة المشاع ، ألا تراهم قالوا إن هبة النخل بدون الأرض لاتصح لأن القبض شرط هبـة المشاع ، وقد صرحوا فى كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لايصح لأنه بمنزلة المشاع انتهى .

وفى الهندية عن الـكافى : لو وهب زرعا فى أرض أو ثمرا فى شجر أو حلية فى سيف أو بناء فى دار أو قفيزا من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والـكيل وفعل صح استحسانا ويجعل كأنه وهبه بعد الجذاذ والحصاد ونحوهما ، وإن لم يأذن له بالقبض وفعل ضمن انتهى وتعين المصير إلى هذا التفصيل ، وتحمل الصحة على صحة العقد وإن لم يفد الملك وعدمها على عدم التمام والتملك إلا إذا أذن له الواهب بالنقض ، وما عطف عليه وفعل لأنه بعد الفعل صار محوزا مسلما كما قدمناه موضحا فارجع إليه (قوله وأشرت بأظهر) أى فى قوله سابقا كالدين أظهر أى وهذا أظهر (قوله أنه لايرجع) أى بالدين بعد الإبراء (قوله لما فى العمادية) هـذا ما أشرنا إليه سابقا من مخالفة ما فيها وإن اختاره البعض (قوله أى بنكاح ضرتها) أى ببقاء نكاحها مع نكاح ضرتها من غير طلاق يقع عليه أى فيما قدمناه فى مسألة التعليق ورد الإبراء حيث كان المعلق طلاقها لاطلاق الضرة ، وفيما ذكره بعد قوله : فلا حنث . وعبارة الشرنبلالى أى لقهر المرأة لبقائها فى نـكاحه مع الضرة وهو الأنسب حيث كان المعلق طلاقها لاطلاق الضرة (قوله فلا حنث) أى فلا يقع عليه طلاق .

[خاتمة] قال الطحاوى . إذا كانت الهدية لاتحتمل القسمة كالثوب أو مما لا يؤكل فى الحال كاللحم ونحوه لم يجعل لأصحابه منه شيئا ، وإن كان مهيأ للأكل فى الحال يجعل لأصحابه من ذلك حظا ويمسك البقية لأهله كذا فى التاترخانية .

[فروع] قال جعلتك فى حل الساعة أى فى الدنيا برئ فى الساعات كلها والدارين خلاصة .

لو قال لجلا أخاصمك ولا أطلبك مالى قبلك قالوا ليس هذا بشىء وحقه عليه على حاله حاوى .

رجل سيب دابته لعلة فأخذها إنسان وأصلحها فهى لمن سيبها وإن قال من شاء فليأخذها فأخذها رجل فهى له .

. . . .

قال الفقيه أبو الليث : الجواب هكذا : إذا قال لقوم معينين من شاء منكم فليأخذها ، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين أولم يقل ذلك أصلا فالدابة على ملك صاحبها ، وله أن يأخذها أين وجدها . وفى الفتاوى ذكر المسئلة مطلقة من غير تفصيل بين ماإذا قال ذلك القول أو قال مطلقا كذا فى المحيط .

غصب عينا فحلله مالكها من كل حق هو له قبله قال أئمة بلخ التحليل يقع على ما هو واجب فى الذمة لا على عين قائم كذا فى القنية ، وعن محمد رحمه الله تعالى : إذا كان لرجل على آخر مال فقال قد حللته لك قال هو هبة وإن قال حللتك منه فهو براءة كذا فى الذخيرة :

فى نوادر هشام رحمه الله تعالى فى سرقين لدابة فى الخان إذا وهبها صاحبها فهى لمن أخذها ولايكون صاحب الخان أولى بها كذا فى التاترخانية .

رجل عليه دين فمات قبل القضاء فوهب صاحب الدين لوارث المديون صح سواء كانت التركة مستغرقة أم لم تكن كذا فى قاضيخان ، لأنه وهب ممن عليه الدين معنى ، لأنه يملك التركة إن لم تكن مستغرقة بالدين ، وإن كانت فللوارث فيها حق وهو استحسان ، ولو رد الوارث الهبة ترد بالرد خلافا لمحمد رحمه الله تعالى ، وقيل لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف فيما إذا وهبه من الميت فرده وارثه ، وقال قبله غريم الميت أبرأ الميت عن دينه فرد وارثه لم يصح رده كما فى جامع الفصولين ، ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم ، ولو أبرأ الوارث صح أيضا كذا فى الوجيز للكردرى :

وفى فتاوى اهو : ولو أبرأ الغريم أحد الورثة من الدين صح فى نصيبه وفى الخزانة : عقدان يكون الموت فيهما بمنزلة القبول فى هبة الدين من المديون إذالم يقبله حتى مات المديون والوصية إذا لم يقبلها الموصى له حتى مات الموصى تجب الهبة والوصية .

رجل قال لمكاتبه وهبت لك مالى عليك فقال المكاتب : لا أقبل عتق المكاتب والمال دين عليه كذا فى السراج الوهاج .

وفى فتاوى اهو : سئل برهان الدين عمن مات مفلسا وعليه دين فتبرع إنسان بقضاء دينه هل يسقط دينه قال لا ، لأن إسقاط الساقط لايتصور لأنه سقط بموته مفلسا ولا يبطل حق المطالبة فى الآخرة كذا فى التاترخانية .

بقرة بين اثنين تراضيا على أن تكون عند كل واحد خمسة عشر يوما يحلب لبنها ، فهذه مهايأة باطلة ولا يحل فضل اللبن وإن جعل فى حل إلا أن يستهلك صاحب الفضل فضله ثم جعله فى حل فحينئذ يحل لأن الأول : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز والثانى هبة الدين وأنه يجوز وإن كان مشاعا كذا فى الفتاوى الحمادية .

العوض فى الهبة نوعان متأخر عن العقد ومشروط فى العقد. أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه فى موضعين : أحدهما فى بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثانى عوضا. والثانى فى بيان ماهية هذا التعويض ، أما الأول فله شرائط ثلاثة :

الأول : مقابلة العوض بالهبة وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو أن يقول : هذا عوض عن هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك ، أو نحلتك هذا عن هبتك ، أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك

أو كافأتك، أو جازيتك أو أثبتك أو ما يجرى هذا المجرى ، حتى لو وهب الإنسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم إن الموهوب له أيضا وهب شيئا للواهب ولم يقل عوضا عن هبتك ، ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضا بل كان هبة مبتدأة لكل واحد منهما حق الرجوع .

والثانى : أن لا يكون العوض فى العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له ببعض الموهوب لا يصح ولا يكون عوضا ، وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيرا يمنع الرجوع ، فإن بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقى هذا(١) إذا وهب شيئا واحدا أو شيئين فى عقد واحد فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : يكون عوضا ولو وهب له شيئا وتصدق عليه بشىء فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضا بالإجماع .

والثالث : سلامة العوض للواهب ، فإن لم يسلم أنه استحق من يده لم يكن عوضا وله أن يرجع فى الهبة إن كان الموهوب قائما بعينه لم يهلك ولم يزدد خيرا أو لم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه ، كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض ، وكذا إذا ازداد خيرا لم يضمن كذا فى البدائع .

وإن استحق بعض العوض فما بقى منه فهو عوض عن الهبة كلها وإن شاء رد ما فى يده من العوض ، ويرجع بالهبة كلها إن كانت قائمة لم تخرج عن ملك الموهوب له ، ولم يزد فى بدلها كذا فى السراج الوهاج ، وأما سلامة المعوض ، وهو الموهوب فشرط التعويض ، حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض ، ولو استحق نصف الموهوب ، فللموهوب له أن يرجع فى نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة سواء زاد العوض أو نقص فى السعر أو زاد فى البدل أو زاد فيه كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا فى البدائع .

وإن قال أرد ما بقى من الهبة وأرجع فى العوض كله لم يكن له ذلك وإن كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له به من العوض كذا فى السراج الوهاج :

وإذا استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر فى الأصل من غير خلاف كذا فى البدائع :

هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئا لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه فأما إذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض إن كان هو المستحق ، وكذا تبطل الهبة إن كانت هى المستحقة وإذا بطل العوض رجع فى الهبة وإذا بطلت الهبة يرجع فى العوض هكذا فى السراج الوهاج :

الثانى : بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف بين أصحابنا يصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا فى إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع فى الأولى ، ولا يثبت فى الثانية فأما فيما وراء ذلك ، فهو فى حكم هبة مبتدأة ، ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرد ويرجع فى العوض ، وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض ، ويرجع فى الهبة فإذا قبض الواهب العوض ، فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه ، سواء عوضه

(١) (قوله هذا الخ) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة .

الموهوب له أو أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره كذا في البدائع ، ويشترط شرائط الهبة في العوض بعد الهبة من القبض والحيازة والإفراز كذا في خزانة المفتين .

ولا يكون في معنى المعاوضة ابتداء وانتهاء ، فلا يثبت للشفيع الشفعة ، ولا للموهوب له الرد بالعيب كذا في محيط السرخسي .

النوع الثاني : العوض المشروط في عقد الهبة ، فإن كانت الهبة بشرط العوض شرط لها شرائط الهبة في الابتداء حتى لاتصح في المشاع الذي يحتمل القسمة ، ولا يثبت بها الملك قبل القبض ولكل واحد منهما أن يمتنع من التسليم وبعد التقابض يثبت لها حكم البيع فلا يكون لأحدهما أن يرجع فيما كان له ويثبت بها الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد بالعيب ماقبض والصدقة بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرط العوض وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة بشرط العوض بيعا ابتداء وانتهاء كذا في فتاوى قاضيخان .

وهب دارا من رجلين بشرط عوض ألف درهم ينقلب بيعا جائزا بعد التقابض كذا في القنية ، ولو عوض عن جميع الهبة قليلا كان العوض أو كثيرا فإنه يمنع الرجوع ولو عوض عن بعض الهبة عن ملكه فله الرجوع فيما لم يعوض عنه وليس له الرجوع فيما عوض كذا في شرح الطحاوي .

إذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحلة أو أعمره فقال هذا عوض هبتك جاز كذا في الصغرى .

ويجوز تعويض الأجنبي . سواء كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره ، وليس للأجنبي المعوض أن يرجع على الموهوب له سواء عوض بأمره أو بغير أمره إلا أن يقول الموهوب له عوض فلانا عني على أني ضامن وهو كما لو قال هب لفلان عبدك هذا عني ، فإن المأمور لايرجع على الآمر إلا أن يقول له الآمر : على أني ضامن هكذا في فتاوى قاضيخان .

والأصل في جنس هذه المسائل أن كل مايطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لايكون الآمر بأدائه سببا للرجوع من غير اشتراط الضمان وكل مالا يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لايكون الأمر بأدائه سببا إلا بشرط الضمان كذا في الظهيرية .

ولو وهب له هبة فعوضه عوضا على غير شرط فقبضه ، ثم استحق العوض ، فله أن يرجع في الهبة إن كانت قائمة في ملك الموهوب له ، ولم تزدد ولم يحدث فيها مايمنع الرجوع فيها كذا في السراج الوهاج .

وإن استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع كذا في الخلاصة ، وإن كانت الهبة قد هلكت أو استهلكها الموهوب له لم يضمنها في قولهم جميعا كذا في السراج الوهاج .

ولو وهب لرجل ألف درهم فعوضه الموهوب له درهما من تلك الدراهم ، لم يكن ذلك عوضا عندنا وكان له أن يرجع في هبته ، وكذا لو كانت الهبة دارا فعوضه بيتا منها كذا في فتاوى قاضيخان .

وفي الفتاوى العتابية : ولو وهب داره بشرط عوض ، وقيمته ألف فباعها بألفين قبل نقد الثمن أخذها الشفيع بألفين ويدفع الموهوب له للواهب ماشرط أو قيمته ، ولو حضر الشفيع بعد مادفع المشروط إلى الواهب أخذها به كذا في التاترخانية .

رجل وهب لرجل ثوبا وخمسة دراهم وسلم الكل إليه ، ثم عوضه الثوب أو الدراهم لم يكن عوضا عندنا استحسانا كذا فى فتاوى قاضيخان الكل من الهندية وتمامه فيها ، وإنما ذكرت ذلك للوعد به فيما تقدم وإن كان بعضه قد تقدم .

وفيها : رجل وهب لآخر أرضا على أن مايخرج منها من زرع ينفق الموهوب له ذلك على الواهب قال أبو القاسم الصفار إن كان فى الأرض كرم أو أشجار جازت الهبة ، ويبطل الشرط ، وإن كانت الأرض قراحا فالهبة فاسدة كذا فى فتاوى قاضيخان ، ولو كان الموهوب كرما وشرط أن ينفق عليه من ثمره تصح الهبة ويبطل الشرط كذا فى محيط السرخسى .

وفى الإسبيجابى : رجل وهب لرجل هبة أو تصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها فالهبة جائزة ، ولا يرد عليه ولا يعوضه بشيء كذا فى التاتارخانية .

امرأة قالت لزوجها إنك تغيب عنى كثيرا فإن مكثت معى ولا تغيب فقد وهبت لك الحائط الذى فى مكان كذا فمكث معها زمانا ثم طلقها فالمسألة على خمسة وجوه :

الوجه الأول : إذا كانت عدة منها لاهبة للحال فى هذا الوجه لايكون الحائط للزوج :

الوجه الثانى : إذا وهبت إليه وسلمت إليه ووعدها أن يمكث معها فى هذا الوجه الحائط للزوج وإن لم تسلم الحائط إلى الزوج لايكون له الحائط .

الوجه الثالث : إذا وهبت على شرط أن يمكث معها وسلمت إليه وقبل الزوج ففى هذا الوجه الحائط للزوج وهكذا ذكر الشيخ أبو القاسم رحمه الله تعالى ، وعلى قول نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى وهو المختار لايكون الحائط للزوج .

الوجه الرابع : إذا قالت وهبت لك إن مكثت معى ففى هذا الوجه لايكون الحائط للزوج .

الوجه الخامس : إذا صالحته على أن يمكث معها على أن الحائط هبة ففى هذا الوجه ، لايكون الحائط للزوج كذا فى المحيط .

وهبته مهرها إن لم يظلمها فهو باطل بخلاف على أن لايظلمها ثم إن ظلمها عاد لأنها لم ترض إلا بهذا الشرط فإذا فات فات الرضا والفتوى على هذا .

ولو قالت له : أولم فما أنفقت فيها أى الوليمة فانقصه من مهرى فالأمر كما قالت : ولو قال أبرئينى ، حتى أهب لك كذا فأبرأت وأبى يعود المهر .

وسئل أبو جعفر عمن منع امرأته عن المسير إلى أبويها وهى مريضة فقال ؟ لها : إن وهبت لى مهرك أبعثك إلى أبويك ، فقالت المرأة أفعل ، ثم قدمها إلى الشهود فوهبت بعض مهرها وأوصت بالبعض على الفقراء أو غير ذلك وبعد ذلك لم يبعثها إلى أبويها ومنعها قال : الهبة باطلة . قال الفقيه رحمه الله تعالى لأنها بمنزلة المكرهة فى الهبة ، كذا فى الحاوى للفتاوى .

المرأة إذا أرادت أن يتزوجها الذى طلقها فقال لها المطلق لاأتزوجك حتى تهبينى مالك على فوهبت مهرها على أن يتزوجها فالمهر باق على الزوج تزوجها أو لم يتزوجها ، لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح . وفى النكاح العوض لايكون على المرأة كذا فى فتاوى قاضيخان .

ولو قال لرب الدين : إذا مت فأنت فى حل فهو جائز ، كذا فى فتاوى قاضيخان :

ولو قال : إن مت فأنت برىء من ذلك لايبرأ وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت برىء مما لى عليك لايبرأ كذا فى الوجيز للكردرى .

أبرأه عن الدين الذى عليه ليصلح مهمة عند السلطان لايبرأ وهو رشوة كذا فى القنية اه :

وفى الأنقروى برمز علك : حمل إلى خطيبة أمتعة من جنس ما يحمل إليهن فى العادة ودفع أهل الخطيبة إليه مثل ما حمل إليهم فلا رجوع لهم فيه إذا افترقوا ، والمساهلة فى مثل هذا عزيمه فيما بينهم قنية .

بعث إليها شيئا معينا كما هو العادة ثم تزوجها ولم يدخل بها وخلعت نفسها منه بنصف المهر فليس له طلب ما بعث إليها إذا عوضته . مت صح له طلب المبعوث له مع طلب العوض إن لم تعوضه مع شش للسير الكبير الرشوة لا تملك علك وغيره قاض أو غيره .

دفع إليه سحت لإصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه .

بخ المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء فهى رشوة لا يثبت الملك فيها وللدافع استردادها .

وفى خلاصة الغزى : خطب امرأة فى بيت أخيها فأبى أن يدفعها حتى يدفع إليه دراهم فدفع وتزوجها يرجع بما دفع لأنه رشوة قنية ، وكذا فى الواقعات الحسامية .

خاصم زوجته وأذاها بالضرب والشتم حتى وهبت الصداق منه ولم يعوضها فالبراءة باطلة قنية فى الإكراه .

ولو أكره على الهبة ووهب لا تصح قاضيخان اه .

البكر البالغة يمنعها إخوتها التى هى فى ضمنهم عن الدخول بزوجها حتى تهبهم أو تبيعهم حصتها من أبويها فى الإرث أو تشهد لهم بشىء فهو باطل لأنها كالمكرهة فى ذلك رملى :

وفيه عن شرح تحفة الأقران للمصنف : لو زوج ابنته البكر من رجل فلما أرادت أن تخرج من بيته إلى زوجها منعها الأب إلا أن تشهد عليها أنها استوفت منه ما يعرف فيه من ميراث أمها فأقرت بذلك ثم أذن لها فى الخروج ، فإن الظاهر أن الحكم فيه عدم صحة الإقرار لكونها فى معنى المكرهة لما ذكر من المنع لا سيما والجبانة تغلب فى الأبكار ، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود العمادى اه من منهوات الأنقروى .

رجل له على آخر مائة وخمسون درهما مائة حالة وخمسون مؤجلة فوهب رب الدين للمديون خمسين فذلك الموهوب ينصرف إلى الحال أم إلى المؤجل ؟ أفتى الإمام الأجل برهان الدين المرغينانى رحمه الله تعالى ينصرف إليهما ، وبه أفتى القاضى بديع الدين رحمه الله تعالى كذا فى التاترخانية .

هبة المهر من الزوج الميت تصح استحسانا كذا فى السراجية .

الوكيل فى باب الهبة فى معنى الرسول حتى يجعل العاقد هو الموكل دون الوكيل :

وفى البقال : التوكيل بالهبة توكيل بالتسليم ، وللوكيل بالتسليم أن يوكل غيره . بخلاف الوكيل بالقبض كذا فى المحيط .

وفى الفتاوى العتابية : ولو وكل الواهب رجلا بالتسليم ووكل الموهوب له رجلا بالقبض وغابا صح التسليم من الوكيل ، فإن امتنع وكيل الواهب خاصمه وكيل الموهوب له وينفرد أحد وكيلى التسليم به ، بخلاف وكيلى القبض لا ينفرد أحدهما ، كذا فى التاترخانية .

. . . .

وسئل أبو القاسم عمن أمر شريكه بأن يدفع ماله إلى ولده على وجه الهبة وكتب إليه كتابا بذلك وامتنع الشريك عن الأداء هل للابن خصومة معه ؟ قال هذا شيء لم يجب بعد ولا يجب له إلا بالقبض فليس للابن خصومة فى ذلك . قال الفقيه رحمه الله تعالى : ولو لم يكن على وجه الهبة فللابن أن يخاصم إذا كان مقرا بالمال وفى الوكالة كذا فى الحاوى للفتاوى .

إذا دفع الرشوة لدفع الجور عن نفسه أو أحد من أهل بيته لم يأثم .

إذا أجاز ملك دار الحرب لملك دار الإسلام جارية فهى له . ولو أهدى ملك العدو إلى أمير العسكر فهو لجميع العسكر كذا فى السراجية .

وسئل محمد بن مقاتل عما يهدى أبو الصبى إلى المعلم أو إلى المؤدب فى النيروز أو فى المهرجان أو فى العيد . قال إذا لم يسأل ولم يلح عليه فلا بأس به كذا فى الحاوى للفتاوى .

أقول : وهذا فيما إذا كان للأستاذ معلوم من بيت المال يكفيه وإلا فله أجر مثله ، وما تعورف من ثمن الحلو والعيدية والخميسية كما يأتى فى كتاب الإجارة .

وسئل الحلوانى عمن علق كوزه أو وضعه فى سطحه فأمطر السحاب وامتلأ الكوز من المطر فجاء إنسان وأخذ ذلك الكوز مع الماء هل لصاحب الكوز أن يسترد الكوز مع الماء ، فقال نعم . قال رضى الله تعالى عنه : وجوابه فى الكوز مما لا إشكال فيه ، فأما فى الماء فإنه ينظر ، إن كان أعده لذلك حينئذ يسترده ، وإن لم يعده لذلك لا يسترده كذا فى التاترخانية .

لقيط فى يد ملتقط نقله وينفق عليه وليس لهذا الصغير أحد سواه جاز للأجنبى أن يقبض ما وهب من الصغير وإن كان الصغير من أهل أن يقبض بنفسه ولهذا الأجنبى أن يسلمه لتعليم الأعمال ، وليس لأجنبى آخر أن يسترد منه نص عليه السرخسى فى كتاب الهبة .

وسئل على بن أحمد رحمه الله تعالى عن رجل دخل الحمام وقد دفع إلى صاحب الحمام الأجرة فاغترف من الإناء بإناء دفعه إليه صاحب الحمام كما هو العادة فى بلدنا هل يصير ذلك الماء ملكا للمغترف أم يكون ذلك لصاحب الحمام ويكون منه إباحة للداخلين ؛ فقال : صار أحق به من غيره ولكن ما صار ملكا له كذا فى التاترخانية .

يدخل فى هبته الأرض ما يدخل فى بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكر اه وكذا فى الصلح على أرض أو عنها تدخل ، ولا يدخل الزرع فى الصلح من غير ذكر .

قال ركن الإسلام الصباغى : الزرع يدخل فى الرهن والإقرار والفىء بغير ذكر . ولا يدخل فى البيع والقسمة والوصية والإجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفى القضاء بالملك المطلق ، ولا يدخل الثمار والأوراق المتقومة فى هبة الأشجار بغير ذكر فإذا لم يذكر وفيها ثمر وورق فسدت الهبة لأنه يمنع التسليم كما فى القنية .

أقر أنه وهب من فلان دارا كان هذا إقرارا صحيحا .

فى الغياثية : الإقرار بالهبة لا يكون إقرارا بالقبض هو الأصح كذا فى جواهر الأخلاطى .

أهل الذمة فى حكم الهبة بمنزلة المسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات إلا أنه لا تجوز

المعاوضة بالخمر عن الحبة فيما بين المسلم والذمي سواء كان المسلم هو المعوض للخمر أو الذمي، وإن صارت الخمر خلا في يد القابض لم تصر عوضا ويرده إلى صاحبه. وتجوز المعاوضة بالخمر والخنزير، فيما بين الذميين كما يجوز ابتداء المبايعة. ولا يجوز بالميتة والدم كذا في المبسوط.

وهب المرتد للنصراني أو النصراني له على أن يعوضه خمرا فذلك باطل كذا في محيط السرخسي.

رجل وابنه في المفازة ومعهما من الماء ما يكفي أحدهما من أحق بالماء منهما قال: الابن أحق به، لأن الأب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقي أباه. وإن سقى أباه مات هو من العطش فيكون هذا منه إعانة على قتل نفسه. وإن شرب هو لم يعن الأب على قتل نفسه، فصار هذا كرجلين أحدهما قتل نفسه والآخر قتل غيره، فقاتل نفسه أعظم إثما. قال عليه الصلاة والسلام: «من قتل نفسه بحديدة جاء يوم القيامة وفي يده تلك الحديدة يجأ بها بطن نفسه» والوجء: الضرب بالسكين، وأصله يوجأ كذا في المحيط.

ولو دفع إلى رجل ثوبا بنية الصدقة فأخذه المدفوع إليه ظانا أنه وديعة أو عارية فرده على الدافع لا يحل للدافع أخذه لأنه قد زال عن ملكه حين قبضه الرجل. فإن أخذه لزمه رده كذا في السراج الوهاج.

محتاج معه دراهم فالإنفاق على نفسه أفضل من التصديق على الفقراء. وإن آثرهم على نفسه فهو أفضل بشرط أن يعلم من نفسه حسن الصبر على الشدة. وإن خاف أن لا يصبر ينفق على نفسه كذا في الملتقط.

وسئل بعضهم عن التصدق على المكدين الذين يسألون الناس إلحافا ويأكلون إسرافا؟ قال: مالم يظهر لك أن من تتصدق عليه ينفق في المعصية أو هو غني لا بأس بالتصدق عليه. وهو مأجور بما نوى من سد خلته، كذا في الحاوي للفتاوى.

الصبي إذا تصدق بماله لا يصح كذا في السراجية.

التصدق بثمن العبد على المحتاجين أفضل من الإعتاق كذا في السراجية.

رجل تصدق على الميت أو دعا له فإنه يصل الثواب إلى الميت إذا جعل ثواب عمله لغيره من المؤمنين جاز كذا في السراجية.

تصدق على فقير بطازجة على ظن أنه فلس ليس له أن يستردها ظاهرا. قال القاضي عبد الجبار: إن كان قال قد ملكت منه فلسا ثم ظهر أنه طازجة له أن يستردها. وإن قال ملكت هذا لا يسترد. قال سيف السائلي لا يسترد في الحالين كذا في القنية.

رجل أخرج دراهم من الكيس أو من الجيب ليدفعها إلى مسكين ثم بدا له فلم يدفع فلا شيء عليه من حيث الحكم كذا في السراجية.

وعن الحسن البصري فيمن يخرج كسرة إلى مسكين فلم يجده قال: يضعها حتى يجيء آخر، وإن أكلها أطعم مثلها. وقال إبراهيم النخعي مثله. وقال عامر الشعبي: هو بالخيار. إن شاء قضاها، وإن شاء لم يقضها لا تجوز الصدقة إلا بالقبض. وقال مجاهد: من أخرج صدقة فهو بالخيار. إن شاء أمضى، وإن شاء لم يمض وعن عطاء مثله. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وهو المأخوذ به كذا في المحيط.

اختلفوا في التصدق على سائل المسجد. قالوا: لا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد الجامع لأن ذلك إعانة على أذى الناس. وعن خلف بن أيوب رحمه الله تعالى قال لو كنت قاضيا لم أقبل شهادة من تصدق

على سائلى المسجد . وعن أبى بكر بن إسماعيل الزاهدى رحمه الله تعالى قال هذا فلس واحد يحتاج إلى سبعين فلسا لتكون تلك السبعون كفارة عن الفلس الواحد ، ولكن يتصدق قبل أن يدخل المسجد أو بعد مايخرج منه كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى فتاوى الناصرى : إذا قال السائل بحق الله تعالى أو بحق محمد صلى الله تعالى عليه وسلم أن تعطينى كذا لايجب عليه فى الحكم والأحسن فى المروءة أن يعطيه .

وعن ابن المبارك قال : يعجبنى إذا سأل سائل بوجه الله تعالى أن لا يعطى كذا فى التاترخانية . والله سبحانه وتعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

وصلى الله تعالى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطاهرين الطيبين . وعلى جميع الأئمة التابعين . والمجتهدين والعلماء العاملين ، وعلينا معهم برحمتك يا أرحم الراحمين .

اللهم اجعله خالصا لوجهك الكريم ، وموجبا للفوز العظيم ، فى جنات النعيم ، يا مجيب الدعوات آمين .

* * *

وكان الفراغ من تحرير هذه التكملة الشريفة ، والتتمة اللطيفة ، المسماه بـ [قرة عيون الأخيار ، لتكملة رد المحتار] على يد جامعها أفقر العباد ، إلى عفو مولاه يوم التناد ، محمد علاء الدين ابن السيد محمد أمين بن السيد عمر المدعو بابن عابدين ، كان الله تعالى له ولوالديه ، وغفر لهم ولأولاده ولمشايخه ولمن له حق عليه بجاه سيد الأنبياء والمرسلين ، فى الضحوة الكبرى فى الساعة الثالثة ونصف من يوم الثلاثاء العاشر من رجب الفرد الذى هو من شهور سنة تسعين ومائتين وألف ، من هجرة من خلقه الله تعالى على أكمل وصف ، صلى الله تعالى وسلم عليه وعلى آله الكرام ، وأصحابه العظام ، الذين نرجو باتباعهم حسن الختام .



بحمد الله تعالى وحسن توفيقه تم طبع حاشية [رد المحتار] لخاتمة المحققين « محمد أمين » الشهير بابن عابدين ، على [الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار] فى فقه مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان ، ويليه تكملة ابن عابدين ، المسمى [قرة عيون الأخيار] لسيدى « محمد علاء الدين أفندي » نجل المؤلف .

فهرست الجزء الثامن

المسمى [قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار]

للسيد محمد علاء الدين أفندى نجل المؤلف

صحيفة

صحيفة